

SERVIDORES PÚBLICOS

1. INTRODUÇÃO AO TEMA:

A Constituição de 1988 tratou com grande detalhamento do direito administrativo, decerto no intuito de corrigir ou atenuar as inúmeras distorções existentes em todas as administrações públicas do Brasil, decorrentes de séculos de patrimonialismo, infelizmente até hoje existente, característico de governantes que tratam a coisa pública como se estivessem cuidando dos interesses privados seus e de sua camarilha. O art. 37 da Carta Política vigente contém algumas das mais importantes disposições constitucionais aplicáveis à administração pública em geral, em todas as esferas de governo. No art. 38, encontram-se regras aplicáveis ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional que esteja no exercício de mandato eletivo. O art. 39 cuida de regras especificamente aplicáveis aos servidores públicos estatutários e o art. 40 disciplina o regime previdenciário desses servidores públicos (chamado regime próprio de previdência social - RPPS). As linhas mestras da orientação adotada pelo constituinte originário vêm sendo, há alguns anos, profundamente alteradas por governos cujas políticas se dizem voltadas para aquilo que se convencionou denominar "administração gerencial". Os apóstolos dessa linha de administração apregoam, resumidamente, a necessidade de se ter um Estado bastante reduzido em sua estrutura e em suas atribuições, o qual, podendo dedicar-se apenas a funções entendidas como típicas ou exclusivas, teoricamente lograria atuar com maior eficiência, deixando ao setor privado as atividades econômicas empresariais e mesmo grande parte dos serviços de natureza social não lucrativos. Todo esse processo, ainda não concluído, teve como marcos particularmente relevantes a EC 19/1998, conhecida como "reforma administrativa", a EC 20/1998, conhecida como "reforma da previdência", e a EC 41/2003, também chamada "segunda reforma da previdência". Neste capítulo estudaremos detalhadamente as disposições constitucionais relacionadas aos agentes públicos, em especial aos servidores públicos em sentido estrito (estatutários), constantes dos arts. 37, 38, 39, 40 e 41 da Constituição, e analisaremos, também, as disposições legais concernentes aos servidores públicos estatutários federais, consubstanciadas, basicamente, na Lei 8.112/1990, com suas inúmeras alterações posteriores.

1.1. Acesso a funções, cargos e empregos públicos

Os cinco primeiros incisos do art. 37 dispõem acerca do acesso aos cargos, empregos e funções das administrações direta e indireta. O primeiro desses incisos informa quem pode ocupar funções, cargos e empregos na administração e o instrumento normativo apto a disciplinar os requisitos para o acesso.

1.1.1. Acessibilidade a brasileiros e a estrangeiros

O inciso I do art. 37 da Constituição Federal teve a sua redação alterada pela EC 19/1998, que acrescentou a possibilidade de estrangeiros, na forma da lei, ocuparem cargos, empregos e funções públicas na administração. É o seguinte o teor atual do inciso (grifamos): 1 - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

Antes desse acréscimo trazido pela EC 19/1998, já havia a EC 11/1996 alterado o art. 207 da Constituição, a fim de estabelecer a possibilidade de as universidades e as instituições de pesquisa científica e tecnológica admitirem professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei. Ainda antes disso, a Lei 8.745/1993, em seu art. 2.0, inciso V, estabeleceu a possibilidade de contratação temporária de professores e pesquisadores visitantes estrangeiros pelos órgãos da administração direta federal, pelas autarquias e pelas funções públicas federais, em casos de excepcional interesse público. Ao lado dessas hipóteses, a redação atual do inciso 1 do art. 37 do texto constitucional possibilita, em tese, de forma abrangente, o acesso a cargos,

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 287

empregos e funções na administração pública direta e indireta aos brasileiros natos e naturalizados, bem como, na forma da lei, aos estrangeiros. Todavia, no caso dos brasileiros, natos ou naturalizados, basta o atendimento aos requisitos da lei para que se tenha a possibilidade de acesso aos cargos, empregos e funções públicas. A situação dos estrangeiros é diferente. O acesso deles aos cargos, empregos e funções públicas deve ocorrer "na forma da lei". Conforme lição do prof. Alexandre de Moraes, trata-se de "norma constitucional de eficácia limitada à edição de lei, que estabelecerá a necessária forma". Vale lembrar, por fim, que existem cargos privativos de brasileiro nato, enumerados no art. 12, § 3.0, da Carta Política, a saber: Presidente e Vice-Presidente da República; Presidente da Câmara dos Deputados; Presidente do Senado Federal; Ministro do Supremo Tribunal Federal; carreira diplomática; oficial das forças armadas; Ministro

de Estado da Defesa. Evidentemente, em nenhuma hipótese podem ser tais cargos ocupados por brasileiro naturalizado, muito menos por estrangeiro.

1.1.2. Requisitos para o acesso a cargos e empregos públicos

Importante decorrência do inciso 1 do art. 37 da Constituição da República é a proibição de que editais de concursos públicos estabeleçam exigências que não tenham base legal. Consoante há muito explicitado pelo Plenário de nosso Pretório Supremo, "a acessibilidade aos cargos públicos assegurada tanto pela atual Constituição Federal (artigo 37, inciso 1), como pela Carta anteriormente outorgada (artigo 97), exige tão somente o preenchimento dos requisitos estabelecidos em lei". Dessarte, a administração pública, na elaboração dos editais dos concursos para ingresso em cargos ou empregos públicos, não pode impor condições para a participação no certame, e menos ainda para o ulterior acesso dos aprovados ao cargo ou emprego, com fundamento exclusivo em atos normativos infralegais, tais como regulamentos, instruções normativas, portarias etc. O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de afastar a exigência de limite mínimo de idade para a inscrição em concurso público para o cargo de auditor de tribunal de contas estadual, prevista apenas no edital do concurso, por considerar que a imposição de tal restrição necessitaria de expressa previsão legal. Asseverou-se, literalmente, que "o edital de concurso não é instrumento idôneo para o estabelecimento de limite mínimo de idade para a inscrição em concurso público; para que seja legítima tal exigência, é imprescindível a previsão em lei".² 1 MS 20.973/DF, rei. Min. Paulo Brossard, 06.12.1989. 2 RE 182.432/RS, rei. Min. Néri da Silveira, 05.03.2002.

A rigor, para mais da necessidade de que o limite de idade (mínimo ou máximo) seja estabelecido em lei, há que se observar o disposto na Súmula 683 do STF: "O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7.º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido". Cabe observar que a leitura do enunciado da Súmula 683 do STF permite inferir que o momento a ser levado em consideração para que se verifique o cumprimento, ou não, do requisito de idade é a data da inscrição no concurso. E o Supremo Tribunal Federal, apreciando casos de imposição de limite máximo de idade (muito comum em certames para ingresso nas diversas polícias), explicitou, mais de uma vez, que, realmente, "a comprovação do requisito etário estabelecido na lei deve ocorrer no momento da inscrição no certame". Enfim, nem mesmo a lei é livre para criar requisitos legais como condição para a participação em concursos ou o ingresso em cargos e

empregos públicos, uma vez que sempre deverão ser respeitados princípios constitucionais tais como os da isonomia, da razoabilidade e da impessoalidade. Ou seja, os requisitos legais a que se refere o inciso 1 do art. 37 da Constituição devem, obrigatoriamente, mostrar-se imprescindíveis ao adequado desempenho da função pública correspondente, sendo vedado à própria lei o estabelecimento de exigências desnecessárias, desarrazoadas, desproporcionalmente restritivas e puramente discriminatórias. Nessa linha, já asseverou o Supremo Tribunal Federal que "é razoável a exigência de altura mínima para cargos da área de segurança, desde que prevista em lei no sentido formal e material, bem como no edital que regule o concurso" (a controvérsia dizia respeito a concurso para o cargo de guarda municipal, com requisito de altura mínima imposto no respectivo edital, porém sem lei que o previsse).⁴ Em outra ocasião, explicitou a Corte Máxima que "a imposição de discriminação de gênero para fins de participação em concurso público somente é compatível com a Constituição nos excepcionais casos em que demonstradas a fundamentação proporcional e a legalidade da imposição, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia". Arrimada em tal asserção, considerou inválido, por afronta ao princípio da isonomia, edital de concurso público para ingresso em curso de formação de oficiais de polícia militar estadual que somente permitia a participação de candidatos do sexo masculino, sem que houvesse qualquer justificativa na legislação de regência, tampouco no 3 ARE-AgR 685.870/MG, rei. Min. Cármen Lúcia, 17.12.2013. No mesmo sentido: ARE-AgR 730.959/BA, rei. Min. Gilmar Mendes, 19.03.2013. • ARE 640.284/SP, rei. Min. Gilmar Mendes, 16.05.2011. No mesmo sentido: AI-AgR 598.715/DF, rei. Min. Marco Aurélio, 01.04.2008; RE-AgR 586.511/SE, rei. Min. Marco Aurélio, 30.10.2012; AI-AgR 764.423/SE, rei. Min. Marco Aurélio, 23.04.2013.

edital, apta a legitimar o impedimento de que mulheres concorressem ao certame e ocupassem os quadros da polícia militar. Vem a propósito, aliás, comentar que, em relação aos militares, o inciso X do § 3.º do art. 142 da Constituição Federal explicita que cabe à lei dispor sobre o ingresso nas Forças Armadas e, entre outras matérias, os respectivos limites de idade. A Lei 6.880/1980 -- anterior à Carta de 1988, portanto -, em seu art. 10, estabelece que "o ingresso nas Forças Armadas é facultado (...) a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei e nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica". Pois bem, o Supremo Tribunal Federal decidiu que "não foi recepcionada pela Constituição da República de 1988 a expressão 'nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica' do art. 10 da Lei 6.880/1980".

Consignou-se que os limites de idade para ingresso nas Forças Armadas somente podem ser estipulados em lei, a qual não pode delegar tal fixação a atos normativos infralegais.⁶ A EC 45/2004 introduziu um requisito constitucional específico para ingresso nos cargos de juiz e de membro do Ministério Público, tanto estaduais quanto federais. Com a publicação da referida emenda, passou-se a exigir do bacharel em direito que pretenda ingressar nesses cargos, no mínimo, três anos de atividade jurídica - além da aprovação em concurso público de provas e títulos (CF, art. 93, 1, e art. 129, § 3.0). O Supremo Tribunal Federal definiu que os três anos de atividade jurídica contam-se da data da conclusão do curso de direito e que o momento da comprovação desse requisito é a data da inscrição no concurso público.⁷ É interessante observar que a orientação aludida - ser a data da inscrição no concurso público o momento da comprovação dos três anos de atividade jurídica constitucionalmente exigidos - representa uma exceção à jurisprudência da própria Corte Suprema, há muito consagrada, e ainda aplicável aos demais cargos públicos, segundo a qual "a exigência de habilitação para o exercício do cargo objeto do certame dar-se-á no ato da posse e não da inscrição do concurso".⁸ Registre-se, aliás, que o Decreto 6.944/2009, endereçado à administração direta federal e às autarquias e fundações públicas 5 RE 528.684/MS, rei. Min. Gilmar Mendes, 03.09.2013 (vide Informativo 718 do STF). e RE 600.885/RS (repercussão geral), rei. Min. Cármen Lúcia, 09.02.2011 (vide Informativos 615 e 633 do STF). 7 ADI 3.460/DF, rei. Min. Ayres Britto, 31.08.2006; MS 27.604/DF, rei. Min. Ayres Britto, 06.10.2010; RE-AgR 630.515/DF, rei. Min. Dias Toffoli, 04.09.2012. 8 RE 423.752/MG, rei. Min. Sepúlveda Pertence, 17.08.2004. Precedente: RE 184.425/RS, rei. Min. Carlos Velloso, 01.10.1996. No mesmo sentido: AI-AgR 733.252/RS, rei. Min. Eros Grau, 03.02.2009; ARE-AgR 728.049/RJ, rei. Min. Gilmar Mendes, 11.06.2013.

federais, seguiu a linha tradicional, ao estabelecer que somente no ato da posse deverão ser comprovadas escolaridade mínima e experiência profissional (quando exigida), expressamente vedando que tal comprovação seja imposta no ato: de inscrição no concurso público ou em qualquer de suas etapas, ressalvado o disposto em legislação específica (art. 19, parágrafo único). Finalizando este tópico, enfatizamos que, em qualquer caso, o ato administrativo que impeça a participação do candidato em um concurso público deve ser motivado, com a indicação clara, por escrito, dos requisitos legais que deixaram de ser atendidos, a fim de que, sendo o caso, possa o candidato provocar o controle judicial daquele ato.⁹

1.1.3. Exigência de concurso público

A Constituição de 1988 tornou obrigatória a aprovação prévia em concurso público para o preenchimento de cargos efetivos e empregos públicos em toda a administração pública brasileira, incluídos os empregos públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista, pessoas jurídicas de direito privado integrantes da administração indireta. 10 É o seguinte o teor do art. 37, inciso II, da Constituição:

11 - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Na lição do Prof. Hely Lopes Meirelles, o concurso público é o meio técnico posto à disposição da administração para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, atender ao princípio da isonomia, uma vez que propicia igual oportunidade de acesso aos cargos e empregos públicos a todos os que atendam aos requisitos estabelecidos de forma geral e abstrata em lei. 9 Súmula 684 do STF: "É Inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público". 10 Vale lembrar que, segundo a jurisprudência do STF, os conselhos fiscalizadores de profissões regulamentadas são autarquias e, portanto, o Ingresso de pessoal permanente em seus quadros - que teoricamente devem ser preenchidos por servidores estatutários - exige aprovação prévia em concurso público {MS 22.643/SC, rei. Mln. Moreira Alves, 06.08.1998; MS 26.424/0F=; rei. Mln. Dias Toffi, 19.02.2013; MS 32.912/BA, rei. Mln. Luiz Fux, 30.04.2014}. Também é oportuno lembrar que nossa Corte Suprema já decidiu que essa orientação não se aplica à Ordem dos Advogados do Brasil, que não tem natureza de autarquia, não integra a administração pública formal, nem está sujeita às restrições e aos controles a que se submetem as entidades administrativas (ADI 3.026/DF, rei. Min. Eros Grau, 08.06.2006}.

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 291

A exigência de concurso aplica-se à nomeação para cargos ou empregos públicos de provimento efetivo. Não abrange a nomeação para cargos em comissão, os quais, por definição, são de livre nomeação e exoneração com base em critérios subjetivos da autoridade competente. Não se aplica, tampouco, à contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Carta da República. O concurso público deve ser de provas ou de provas e títulos. Ficam, assim, proibidas contratações para cargos ou empregos

públicos efetivos com base exclusivamente em análise de títulos ou currículos, ou quaisquer outros procedimentos que não incluam a realização de provas. A exigência de títulos em concursos públicos somente se justifica para cargos ou empregos cujas atribuições dependam de especial conhecimento técnico ou científico, por exemplo, certos cargos privativos de médico ou de engenheiro, cargo de perito criminal em determinada área de especialização, cargos da carreira diplomática etc. Nada justifica a exigência de títulos em cargos de atribuições genéricas cujo desempenho não se relacione a qualquer área específica de formação, nem demande maiores habilidades ou aprofundamentos técnicos, científicos ou acadêmicos. Cumpre observar que, dependendo do caso, a exigência pura e simples de um dado título pode configurar um mero requisito de habilitação para exercício do cargo ou emprego, cabível em qualquer concurso (desde que previsto em lei), mesmo que só de provas. Rigorosamente, só há um concurso de provas e títulos quando existe uma fase de atribuição de pontos a cada título apresentado pelo candidato que se enquadre entre os previstos em uma lista, sempre conforme prévia e detalhada especificação do edital - por exemplo, 15 pontos para mestrado, 25 para doutorado, 12 para certificado de proficiência em certa língua estrangeira etc. Ademais, o Supremo Tribunal Federal já deixou assente que "as provas de títulos em concursos públicos para provimento de cargos efetivos no seio da administração pública brasileira, qualquer que seja o Poder de que se trate ou o nível federativo de que se cuide, não podem ostentar natureza eliminatória, prestando-se apenas para classificar os candidatos, sem jamais justificar sua eliminação do certame".¹¹ Impende repetir: as provas de títulos em concursos públicos devem ter caráter exclusivamente classificatório, nunca eliminatório. Sem embargo dessa orientação, cumpre anotar que a Constituição Federal, desde logo, exige ingresso nas respectivas carreiras mediante concurso público de provas e títulos para: os membros da magistratura (art. 93, I); os membros 11 MS 31.176/0F, rei. Min. Luiz Fux, 02.09.2014 (vida Infonnativo 757 do STF). No mesmo sentido: Al·AgR 194.188/RS, rei. Min. Marco Aurélio, 30.03.1998; MS 32.074/DF, rei. Min. Luiz Fux, 02.09.2014.

do Ministério Público (art. 129, § 3.º); os integrantes da Advocacia Pública (art. 131, § 2.0, e art. 132); os integrantes das Defensorias Públicas (art. 134, § 1.º); os profissionais da educação escolar das redes públicas (art. 206, V). A Carta Política não estabeleceu para os concursos públicos fonna ou procedimento detenninados. A EC 19/1998 alterou o inciso II do art. 37 para afirmar que os concursos públicos poderão apresentar diferentes fonnas, desde que previstas em lei, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo

ou emprego. Não se sabe ao certo o que pretendeu a EC 19/1998 · com esse acréscimo à redação original do inciso. Talvez autorizar a lei a estabelecer procedimentos seletivos mais singelos para preenchimento de cargos ou empregos de menor complexidade, ou ainda permitir a realização de processos seletivos mais flexíveis para a contratação de empregados nas empresas públicas e sociedades de economia mista de natureza econômica. Seja como for, não é demais repetir que o concurso público sempre terá que ser ou de provas ou de provas e títulos, não podendo a lei estabelecer para o provimento efetivo de cargos ou empregos públicos processos seletivos com base somente em entrevistas, análise curricular, testes psicotécnicos etc. É interessante trazer a lume posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal, consoante a qual não há ofensa ao princípio da isonomia na hipótese de realização de concurso público em que a classificação seja feita por regiões, ou por áreas de especialização, ainda que o certame se destine ao provimento do mesmo cargo. No dizer da Corte Maior, "em edital de concurso público, é válida a fixação de critérios de concorrência em caráter regional e em área de especialização".¹² Com base nesse entendimento, o STF negou provimento a recurso de candidatos que não foram classificados na primeira fase de concurso para o cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal no qual sustentavam a ilegalidade da ordem de classificação, efetuada de acordo com a região e a especialização em que se inscreveram os candidatos do certame. A jurisprudência do STF também considera compatível com a Constituição da República a previsão, em editais de concursos públicos, das assim chamadas "cláusulas de barreira".¹³ Em decisão proferida em recurso extraordinário julgado na sistemática de repercussão geral, consignou nossa Corte Suprema que os editais de concursos públicos podem, validamente, sem que isso represente ofensa ao princípio da isonomia, estabelecer regras restritivas, as quais, didaticamente, subdividem-se em "eliminatórias" e "cláusulas de barreira". As eliminatórias acarretam a eliminação do candidato do concurso por insuficiência em algum aspecto de seu desempenho, 12 RMS 23.259/DF, rei. Min. Gilmar Mendes, 25.03.2003. 13 RMS 23.586/DF, rei. Min. Gilmar Mendes, 25.10.2011; Al-AgR 735.389/DF, rei. Min. Dias Toffoli, 11.09.2012; ARE-AgR 656.360/BA, rei. Min. Dias Toffoli, 17.12.2013; RE 635.739/AL (repercussão geral), rei. Min. Gilmar Mendes, 19.02.2014 (vida Informativo 736 do STF).

independentemente do desempenho dos demais candidatos. A conjunção de regra eliminatória com cláusula de barreira implica restringir o número de candidatos que passará para a fase seguinte do certame, determinando que, dentro do universo de pessoas

não excluídas pela regra eliminatória, participará da etapa subsequente apenas um número predeterminado de concorrentes, de modo a contemplar somente os mais bem classificados. A cláusula de barreira não produz eliminação de candidato por não atingir um desempenho mínimo predeterminado, mas estipula um corte deliberado no número de concorrentes que poderão participar de fase posterior do certame. Em suma, tem-se um concurso com "cláusula de barreira" quando ele é constituído de mais de uma etapa e o edital estipula que, dentre os candidatos não eliminados por insuficiência de desempenho, só um número certo e restrito, observada a ordem de classificação, poderá fazer as provas da fase seguinte, sendo os demais candidatos impedidos de prosseguir no certame (muito embora estes não tenham sido eliminados por não atingirem requisitos mínimos predeterminados e aplicáveis a todos). Diz-se que esses candidatos que não poderão fazer a etapa seguinte ficaram abaixo da "nota de corte", a qual corresponde à pontuação obtida pelo último colocado dentre aqueles candidatos que prosseguirão no certame e farão as provas das próximas etapas. Observe-se que a "nota de corte" só se torna conhecida depois que a prova é realizada, diferentemente da pontuação mínima estipulada para a não eliminação, a qual já vem fixada de forma incondicional no edital - às vezes para cada disciplina ou conjunto de disciplinas de uma prova - e implica a eliminação do candidato que não consiga atingi-la em qualquer caso (independentemente das notas dos demais). Ainda, o STF definiu que a "cláusula de barreira", quando houver, é aplicável a todos os candidatos, inclusive àqueles que estejam concorrendo a vagas reservadas, na qualidade de pessoa com deficiência, desde que mantida uma proporcionalidade com o número de vagas a eles reservado. Assim, em um concurso que seja composto de uma prova objetiva e, depois dessa, uma prova discursiva, com previsão de 100 vagas de ampla concorrência e 15 vagas reservadas para pessoas com deficiência, é legítimo que o edital estabeleça, por exemplo, que somente realizarão a prova discursiva os trezentos candidatos da concorrência ampla mais bem classificados na prova objetiva e os quarenta e cinco primeiros dentre os concorrentes às vagas reservadas, sendo excluídos do certame todos os demais. Aliás, aproveitamos o exemplo em tela para observar que, em casos como esse, embora a pontuação mínima de habilitação fixada previamente no edital, exigida incondicionalmente para o candidato não ser eliminado, tenha que ser igual para todo mundo, as notas de corte, em princípio, serão diferentes: haverá uma para a lista de ampla concorrência e outra aplicável aos candidatos que estejam disputando as vagas para pessoas com deficiência. Outra posição jurisprudencial assaz importante, há muito sedimentada no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do

Superior Tribunal de Justiça, deve ser trazida à baila: não pode a administração pública recusar a inscrição, ou excluir do certame público um candidato, ou ainda, se ele for aprovado, impedir a sua nomeação para o cargo ou emprego, sob alegação de "inidoneidade moral", de "não atendimento a requisito de bons antecedentes", ou de "ausência de capacitação moral", fundada exclusivamente no fato de o candidato estar respondendo a inquérito policial ou a ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória. A imposição de restrições como essas pela administração pública viola o princípio da presunção de inocência ou da presunção de não culpabilidade (CF, art. 5.0, LVII), o qual não se restringe ao âmbito exclusivamente penal, devendo também ser observado na esfera administrativa.¹⁵ Um último entendimento do Supremo Tribunal Federal, concernente a testes físicos em concursos públicos, precisa ser exposto no presente tópico. Nossa Corte Maior decidiu, com repercussão geral, que o candidato em concurso público não tem direito de que seja marcada para ele prova de segunda chamada nos testes de aptidão física, motivada por circunstâncias pessoais, ainda que de caráter fisiológico ou de força maior - salvo disposição expressa em sentido contrário no respectivo edital.¹⁶ Por outras palavras, caso um candidato em determinado concurso público que inclua testes físicos tenha o infortúnio de ser acometido de alguma condição que atrapalhe o seu rendimento, ou mesmo impossibilite fazer as provas físicas no dia aprazado, não terá direito de que seja marcada uma nova data para realizar os testes, a menos que o edital expressamente preveja essa possibilidade - nada importa que a disfunção ou limitação física (doença, trauma físico, dor ou desconforto orgânico de qualquer origem) decorra de força maior, e não de alguma razão que pudesse ser imputada ao candidato.

◆◆- „Do STF: RE 194.672/RS, rei. Min. Marco Aurélio, 07.11.2000; RE 565.519/DF, rei. Min. Celso de Mello, 13.05.2011; ARE-AgR 713.138/CE, rei. Min. Rosa Weber, 20.08.2013; ARE-AgR .. ,1.33.957/CE, rei. Min. Celso de Mello, 06.12.2013. Do STJ: RMS 11.396/PR, rei. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 12.11.2007; RMS 13.546/MA, rei. Min. Og Fernandes, 10.11.2009. „J?P!\lve ficar claro que esse entendimento jurisprudencial não conflita em nada com o Inciso ,1;◆i◆\l ◆rt. 47 do Código Penal, que estabelece como uma das passíveis penas de interdição :: w.tempa◆rfa de direitos a "proibição de Inscrever-se em concurso, avaliação ou exame •Pl'.lblcoa". Afinal. a aplicação dessa e de qualquer outra sanção penal só pode ocorrer qu,a1ldo houver condenação criminal transitada em Julgado, Isto é, não cabe, nesse caso, falar. em

"presunção de Inocência". 18 tRE :_630.733/DF, rei. Min. Gilmar Mendes, 15.05.2013 (vide Informativo 706 do STF).

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 295

Veja-se, a respeito, este esclarecedor trecho do Informativo 706 do STF, no qual a referida decisão foi noticiada (grifamos):

Aduziu-se que o concurso público permitiria não apenas a escolha dos candidatos mais bem qualificados, mas também que o processo de seleção fosse realizado com transparência, impessoalidade, igualdade e com o menor custo para os cofres públicos. Dessa maneira, não seria razoável a movimentação de toda a máquina estatal para privilegiar determinados candidatos que se encontrassem impossibilitados de realizar alguma das etapas do certame por motivos exclusivamente individuais. Consignou-se que, ao se permitir a remarcação do teste de aptidão física nessas circunstâncias, possibilitar-se-ia o adiamento, sem limites, de qualquer etapa do certame, pois o candidato talvez não se encontrasse em plenas condições para realização da prova, o que causaria tumulto e dispêndio desnecessário para a Administração. Aludiu-se que não seria razoável que a Administração ficasse à mercê de situações adversas para colocar fim ao certame, de modo a deixar os concursos em aberto por prazo indeterminado.

A Lei 8.112/1990, que estabelece o regime jurídico a ser observado pela administração direta, autarquias e fundações públicas federais para o provimento de cargos públicos (regime estatutário), traz as seguintes regras relativas à exigência de concurso público:

Art. 10. A nomeação para cargo de carreira ou cargo isolado de provimento efetivo depende de prévia habilitação em concurso público de provas ou de provas e títulos, obedecidos a ordem de classificação e o prazo de validade. (...) Art. 11. O concurso será de provas ou de provas e títulos, podendo ser realizado em 2 (duas) etapas, conforme dispuserem a lei e o regulamento do respectivo plano de carreira, condicionada a inscrição do candidato ao pagamento do valor fixado no edital, quando indispensável ao seu custeio, e ressalvadas as hipóteses de isenção nele expressamente previstas.¹⁷ 17 o art. 11 da Lei 8.112/1990 está regulamentado, no âmbito do Poder Executivo federal, pelo Decreto 6.593/2008. É interessante observar que esse decreto também se aplica aos processos seletivos simplificados realizados para a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional Interesse público, prevista no art. 37, IX, da Constituição.

296 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marcelo Alexandrino & Vicente Paulo

Convém anotar que o Decreto 6.944/2009, aplicável à administração direta e às autarquias e fundações públicas no âmbito do Poder Executivo federal, estipula que, no caso da realização do concurso em duas etapas, a segunda será constituída de curso ou programa de formação, de caráter eliminatório e classificatório, ressalvada eventual disposição diversa constante de lei específica.

1.1.3.1. Testes psicotécnicos

Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, "o exame psicotécnico pode ser estabelecido para concurso público, desde que seja feito por lei, e que tenha por base critérios objetivos de reconhecido caráter científico, devendo existir, inclusive, a possibilidade de reexame" .18 Além da exigência de que seja prevista em lei a realização do exame psicotécnico, bastante ênfase é dada pela Corte Constitucional à necessidade de que os critérios objetivos da avaliação psicológica sejam explicitados e possuam caráter científico, para que se torne possível ao candidato, sendo o caso, a impugnação judicial de conclusões que lhe tenham sido desfavoráveis. Consoante preclara lição do Ministro Celso de Mello, "o exame psicotécnico, especialmente quando possuir natureza eliminatória, deve revestir-se de rigor científico, submetendo-se, em sua realização, à observância de critérios técnicos que propiciem base objetiva destinada a viabilizar o controle jurisdicional da legalidade, da correção e da razoabilidade dos parâmetros norteadores da formulação e das conclusões resultantes dos testes psicológicos, sob pena de frustrar-se, de modo ilegítimo, o exercício, pelo candidato, da garantia de acesso ao Poder Judiciário, na hipótese de lesão a direito".19. Em suma, para que exames psicotécnicos possam ser exigidos em concursos públicos, é necessário o cumprimento dos seguintes requisitos, cumulativamente:2º

a) previsão em lei e também no edital do concurso; b) estabelecimento de critérios objetivos de reconhecido caráter científico para a avaliação dos candidatos; c) possibilidade de recurso. 18 RE 168.234/DF, rei. Mln. Néri da Silveira, 19.03.2002. Essa orientação foi reiterada, com reconhecimento da repercussão geral da matéria, no julgamento do AI 758.533/MG, rei. Min. Gilmar Mendes, em 23.06.2010 (vide Infonnallvo 592 do STF). 19 RE-AgR 714.642/DF, rei. Mln. Celso de Mello, 18.12.2012. No mesmo sentido: AI-QO 758.533/ MG (repercussão geral), rei. Mln. Gilmar Mendes, 23.06.2010; ARE-AgR 734.234/RO, rei. Mln. Dias Toffoll, 10.09.2013. 20 RE-AgR 782.997/DF, rei. Mln. Dias Toffoli, 18.02.2014.

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 297

Essa matéria é tratada na Súmula 686 do STF, cuja redação dispõe:

686 - Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público.

Cabe também citar, a esse respeito, o enunciado da Súmula Administrativa AGU 35/2008: "O exame psicotécnico a ser aplicado em concurso público deverá observar critérios objetivos, previstos no edital, e estará sujeito a recurso administrativo". É oportuno, ainda, assinalar que o Decreto 6.944/2009, aplicável à administração direta e às autarquias e fundações públicas no âmbito do Poder Executivo federal, estatui que "a realização de avaliação psicológica está condicionada à existência de previsão legal específica e deverá estar prevista no edital" (art. 14). Estabelece, ademais, que a expressão "avaliação psicológica" designa "o emprego de procedimentos científicos destinados a aferir a compatibilidade das características psicológicas do candidato com as atribuições do cargo" e que ela "será realizada após a aplicação das provas escritas, orais e de aptidão física, quando houver" (art. 14, §§ 1.0 e 2.0). Nos termos do decreto em comento, a avaliação psicológica deve ser realizada mediante o uso de instrumentos capazes de aferir, de forma objetiva e padronizada, os "requisitos psicológicos" do candidato para o desempenho das atribuições inerentes ao cargo (art. 14, § 4.0). Os tais "requisitos psicológicos" que serão aferidos na avaliação devem estar especificados no edital (art. 14, § 5.0). Por fim, o art. 14-A do Decreto 6.944/2009 determina que, na divulgação do resultado final da avaliação psicológica, conste para cada candidato, exclusivamente, "apto" ou "inapto". Os prazos e a forma de interposição de recurso acerca do resultado da avaliação psicológica serão definidos pelo edital do concurso e os profissionais que efetuaram avaliações psicológicas nesse mesmo certame não poderão participar do julgamento de recursos (art. 14-A, §§ 2.º e 3.º).

1.1.3.2. Antecedência mínima do edital e modificação das condições nele previstas com o concurso em andamento

O Decreto 6.944/2009, aplicável à administração direta e às autarquias e fundações públicas no âmbito do Poder Executivo federal, traz a exigência de que o edital do concurso público seja publicado integralmente no Diário Oficial da União com antecedência mínima de sessenta dias da realização da primeira prova (art. 18, 1). Trata-se de medida moralizadora tendente a impedir que, mediante a fixação de prazos excessivamente exíguos, a administração acabe promovendo o "direcionamento" do concurso à aprovação de pessoas que lograssem, com antecedência, obter informações privilegiadas (obviamente ilegais) sobre o certame - conteúdo programático, data e

condições de aplicação das provas, natureza das questões etc. Infelizmente, o § 2.0 do art. 18 do mesmo decreto fragiliza sobremaneira a garantia, ao possibilitar que o citado prazo seja "reduzido mediante ato motivado do Ministro de Estado sob cuja subordinação ou supervisão se encontrar o órgão ou entidade responsável pela realização do concurso público". O Supremo Tribunal Federal já deixou assente:, mais de uma vez, que, embora o edital seja a "lei do concurso" - portanto, de observância obrigatória para todas as partes envolvidas -, é legítimo que a administração pública modifique condições de um concurso, já em andamento, que estivessem originalmente previstas no respectivo edital, quando isso for necessário para adequação a eventuais novidades surgidas na legislação posteriormente à publicação do edital, contanto que o concurso público ainda não esteja concluído e homologado.²¹ Exemplificando, imagine-se que um determinado município estivesse realizando um concurso público para o cargo "W" em que houvesse uma segunda etapa consistente em um "curso de formação", meramente classificatório, com duração, prevista originalmente no edital, de dois meses. Suponha-se que, logo depois de concluída a primeira etapa, o mesmo município editasse uma lei exigindo que, para o cargo "W", o concurso público fosse integrado por uma etapa de "curso de formação", eliminatório e classificatório, com duração mínima de três meses. Nessa hipótese, a administração pública municipal teria que modificar o edital para adaptá-lo à nova lei (porque o concurso ainda não estava concluído -e homologado) e todos os candidatos que tivessem passado pela primeira etapa estariam sujeitos ao "curso de formação", eliminatório e classificatório, com duração de três meses. Observe-se que a situação é realmente excepcional - e muito restrita. O único motivo que autoriza (ou determina) a modificação das regras do concurso pela administração, depois de publicado o edital e já iniciado o certame, é a superveniência de alteração na legislação pertinente. De fato, conforme literal orientação do Supremo Tribunal Federal, "após a publicação do edital e no curso do certame, só se admite a alteração das regras do concurso se houver modificação na legislação que disciplina a respectiva carreira".²²

1.1.3.3. Controle da legalidade dos concursos públicos

A administração deve anular o concurso público quando verificar a ocorrência de ilegalidades - sejam vícios no procedimento em si, dolosos ou não, sejam ilicitudes a ele externas, tais como conluíus entre candidatos e a banca, fraudes de diversas espécies etc. Na hipótese de defeitos sanáveis, pode ser cabível a convalidação, desde que dela não resulte qualquer prejuízo a terceiros, especialmente aos candidatos. A anulação do

certame, total ou parcial, é obrigatória quando se verifique vício insanável que afete uma ou mais de suas etapas; caso seja parcial, deve incidir pelo menos a partir da fase mais remota em que tenha havido vício, alcançando todas as seguintes, e não pode, em hipótese nenhuma, implicar quebra de isonomia entre os candidatos. Se houver dúvida quanto a esse aspecto, mais seguro é proceder à anulação total. A anulação de concurso público em que tenham ocorrido irregularidades pode, também, ser realizada pelo Poder Judiciário, o qual sempre está apto a exercer controle de legalidade sobre atos e procedimentos administrativos, desde que seja provocado. Conforme posição do Supremo Tribunal Federal, no caso de ajuizamento de mandado de segurança por um candidato que entenda ter sofrido alguma lesão a direito seu, ocasionada por determinada regra constante do edital do concurso, o prazo de decadência de 120 dias para a impetração dessa ação começa a contar da data do efetivo prejuízo - que tenha decorrido da incidência daquela disposição editalícia - capaz de configurar violação a direito líquido e certo, e não da data de publicação do edital.²³ Já se a lesão alegada pelo candidato for a omissão da administração em efetuar a sua nomeação, tendo ele direito subjetivo (por exemplo, por ter sido aprovado e classificado dentro do número de vagas previsto no edital), os 120 dias para a impetração do mandado de segurança começam a fluir a partir do término do prazo de validade do concurso. Uma discussão importante concerne à possibilidade de impugnação judicial dos gabaritos oficiais divulgados em um determinado concurso público - se estão ou não corretos, se deveriam ser alterados, se uma ou outra questão deveria ser anulada -, bem como dos critérios de correção das questões e de atribuição de notas adotados pela respectiva banca examinadora. A jurisprudência tradicional do Supremo Tribunal Federal, até hoje, considera que a apreciação do ato administrativo que divulga os gabaritos finais do concurso, com as respectivas alterações ou mesmo anulações de questões, configura controle do mérito administrativo desse ato, e não controle de legalidade. Por essa razão, nossa Corte Maior entende que não podem ser acolhidas demandas judiciais que pretendam impugnar os gabaritos oficiais indicados para as questões objetivas - sob a alegação, por exemplo, de que foi considerada verdadeira urna assertiva que seria falsa, ou de que determinada questão deveria ter sido anulada por não conter alternativa que a tome correta -, tampouco ações que tentem contestar os critérios de avaliação de questões subjetivas, ou de atribuição de notas, entre outras que envolvam discussões semelhantes. Conforme muitas vezes reiterou o Pretório Excelso, "não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, substituir-se à banca examinadora do concurso público para reexaminar os critérios de correção das

provas".²⁵ Tal entendimento só é atenuado pelo STF - pelo menos uma vez isso ocorreu - na hipótese de questão objetiva de concurso público com "erro grosseiro no gabarito apresentado, porquanto caracterizada a ilegalidade do ato praticado pela Administração Pública", fato que possibilita a anulação judicial da questão.²⁶ Pois bem, muito embora seja essa, realmente, a orientação existente até hoje no âmbito do Supremo Tribunal Federal, é possível que ela venha a ser modificada. Isso porque a repercussão geral desse tema foi reconhecida (RE 632.853/CE, rei. Min. Gilmar Mendes) e, na decisão que a reconheceu, proferida em 07.10.2011, nossa Corte Suprema "não reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, que será submetida a posterior julgamento". Em suma, somente com o julgamento definitivo de mérito do RE 632.853/CE (não ocorrido até o fechamento desta edição) é que poderemos afirmar, com segurança, a jurisprudência pacificada acerca desse relevante assunto. Outra situação, relacionada à que acabamos de expor - mas não igual -, concerne à possibilidade de o Poder Judiciário verificar se o conteúdo cobrado em determinada questão está incluído entre os assuntos enumerados no programa de disciplinas constante do edital do concurso. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal já definiu que a análise se insere no campo do controle de legalidade - e não de mérito administrativo -, sendo possível, portanto, a anulação judicial de questões de concurso nas quais tenham sido cobradas matérias não previstas no respectivo edital. Ilustra bem essa orientação, dentre muitos outros, os seguintes julgados em que essa orientação foi reiterada: RE-AgR 243.056/CE, rei. Min. Ellen Gracle, 06.03.2001; AI-AgR 500.416/ES, rei. Min. Gilmar Mendes, 24.08.2004; RE-AgR 560.551/RS, rei. Min. Eros Grau, 17.06.2008; MS 27.260/DF, red. pi o acórdão Min. Cármen Lúcia, 29.10.2009; AI-AgR 805.328/CE, rei. Min. Cármen Lúcia, 25.09.2012. 26 MS 30.859/DF, rei. Min. Luiz Fux, 28.08.2012 (vide Informativos 677 e 685 do STF).

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 301

posição a ementa do RE 434.708/RS, rei. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 21.06.2005, abaixo reproduzida (grifamos):²⁷

Concurso público: controle jurisdicional admissível, quando não se cuida de afeição da correção dos critérios da banca examinadora, na formulação das questões ou na avaliação das respostas, mas apenas de verificar que as questões formuladas não se continham no programa do certame, dado que o edital - nele incluído o programa - é a lei do concurso. Entretanto, é necessário ressaltar, a respeito desse último entendimento, que o STF não exige que sejam exaustivamente enumerados, no edital, todas as normas e todos os casos julgados que poderão ser cobrados nas questões do certame. Uma vez previsto no edital

determinado tema, o esperado é que o candidato estude e procure conhecer, de forma global, todos os aspectos relacionados àquele assunto, pois eles podem vir a ser perguntados nas provas. Não é cabível a anulação judicial de uma questão de concurso quando ela guarda pertinência com assunto que se encontra expresso no programa do edital, mesmo que neste não esteja citado explicitamente o julgado ou o ato normativo que porventura tenha servido de base direta à elaboração da questão.²⁸

1.1.3.4. Desrespeito ;) exigência de concurso público e desvio de função

O § 2.º do art. 37 da Carta Magna estabelece, de forma categórica, que o desrespeito à exigência de concurso público ou ao seu prazo de validade implicará a nulidade do ato (o ato de nomeação, no caso de cargos públicos, ou a celebração do contrato de trabalho, quando se tratar de empregos públicos) e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei. Dessa forma, sob a Constituição de 1988, não é possível a convalidação de ato de nomeação ou contratação para cargo ou emprego efetivo que não tenha sido precedido de aprovação em concurso público, em hipótese nenhuma. Nem mesmo a estabilização da relação jurídica por decurso de tempo é possível, uma vez que o Supremo Tribunal Federal entende que não ocorre jamais a decadência quando se trata de anulação de ato que contrarie frontalmente exigência expressa na Constituição Federal.^{29 27} A mesma posição foi sustentada, entre outros, no RE-AgR 526.600/SP, rei. Min. Sepúlveda Pertence, 12.06.2007, no RE-AgR 440.335/RS, rei. Min. Eros Grau, 17.06.2008, e no MS 30.894/DF, rei. Min. Ricardo Lewandowski, 08.05.2012 (vide InfonnatIvo 665 do STF).²⁸ MS 30.860/DF, rei. Min. Luiz Fux, 28.08.2012. ²⁹ MS 28.279/DF, rei. Min. Ellen Gracie, 16.12.2010.

Nesse mesmo diapasão, não admite nosso Pretório Supremo a aplicação da assim chamada "teoria do fato consumado" para que se mantenha no cargo a pessoa que, sem ter sido devidamente aprovada no concurso público correspondente - por ter sido reprovada em alguma de suas fases, ou não ter concluído todas as etapas previstas no edital -, tenha tomado posse por força de decisão judicial de caráter provisório, posteriormente revogada, cassada ou, de algum modo, desconstituída ou tomada ineficaz. Nessa hipótese, aquela pessoa será desligada do cargo, mesmo que já esteja no seu exercício há vários anos e, em todo esse período, tenha demonstrado possuir indiscutível aptidão para o desempenho das respectivas atribuições. Transcrevemos trecho de ementa de acórdão ilustrativo dessa posição jurisprudencial :³⁰

1. Não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado.

2. Igualmente incabível, em casos tais, invocar o princípio da segurança jurídica ou o da proteção da confiança legítima. É que, por imposição do sistema nonnativo, a execução provisória das decisões judiciais, fundadas que são em títulos de natureza precária e revogável, se dá, invariavelmente, sob a inteira responsabilidade de quem a requer, sendo certo que a sua revogação acarreta efeito *ex tunc*, circunstâncias que evidenciam sua inaptidão para conferir segurança ou estabilidade à situação jurídica a que se refere.

Vale observar que a pessoa nomeada ou contratada sem concurso público, quando ele fosse exigido, será obrigatoriamente desligada do serviço público, mas a remuneração que tiver recebido pelo trabalho efetivamente prestado não será devolvida, para não proporcionar ao Estado enriquecimento sem causa. No caso de empregados públicos (regime trabalhista) contratados sem concurso, além do direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado, é devido pelo empregador o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) na respectiva conta vinculada. De fato, o art. 19-A da Lei 8.036/1990, que assegura o direito ao FGTS, desde que reconhecido o direito ao salário, à pessoa que tenha indevidamente ingressado no serviço 30 RE 608.482/RN (repercussão geral). *rei. Min. Teori Zavascki, 07.08.2014 (vide Informativo 753 do STF).*

Cap. T • SERVIDORES PÚBLICOS 303

público sem concurso, foi declarado compatível com a Carta da República pelo Supremo Tribunal Federal, nestes termos (grifamos):³¹

Mesmo quando reconhecida a nulidade da contratação do empregado público, nos termos do art. 37, § 2.º, da Constituição Federal, subsiste o direito do trabalhador ao depósito do FGTS quando reconhecido ser devido o salário pelos serviços prestados.

Nossa Corte Suprema, porém, deixou assente que, excetuadas essas duas consequências - direito aos salários e ao FGTS -, nenhum outro efeito jurídico válido pode advir das contratações viciadas pela nulidade prevista no § 2.º do art. 37 ora em foco. Assim, ressalvado o direito aos salários pelos serviços efetivamente prestados e aos correspondentes depósitos do FGTS, o empregado público que tenha a sua contratação declarada nula por haver ingressado no serviço público sem a obrigatória aprovação prévia em concurso público não fará jus a nenhuma das verbas ordinariamente devidas aos empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) como decorrência

da rescisão dos seus contratos de trabalho, tais quais aviso prévio indenizado, gratificação natalina, férias e respectivo adicional de um terço do salário normal, indenização referente ao seguro-desemprego, entre outras.³² Relacionada a esse tema, é importante fazer uma observação acerca das situações em que a administração pública perpetra o denominado "desvio de função" - configurado quando o dirigente da unidade administrativa de lotação do servidor impõe a este o exercício de atribuições de outro cargo, diversas daquelas que correspondem ao cargo para o qual ele foi nomeado e empossado. Nessas circunstâncias, em virtude da exigência constitucional de aprovação em concurso público específico para cada cargo, é absolutamente impossível depois da Constituição de 1988, "reenquadrar" o servidor no cargo cujas atribuições está indevidamente sendo obrigado a exercer. O que acontece é surgir para ele o direito a receber as diferenças de remuneração pelo período em que exerceu, de fato, as funções do cargo estranho ao seu. Além disso, é claro que, constatado o desvio, deve a administração adotar as providências necessárias à imediata cessação dessa anomalia (e responsabilizar quem a ocasionou).

31 RE 596.478/RR (repercussão geral), red. p/ o acórdão Min. Dias Toffoli, 13.06.2012 (vide Informativo 670 do STF). 32 RE 705.1401RS (repercussão geral), rei. Min. Teori Zavascki, 26.06.2014 (vide Informativo 756 do STF).

Sobre o assunto, clara é posição do Supremo Tribunal Federal:³³

O servidor público desviado de suas funções, após a promulgação da Constituição, não pode ser reenquadrado, mas tem direito ao recebimento, como indenização, da diferença remuneratória entre os vencimentos do cargo efetivo e os daquele exercido de fato.

E a Súmula 378 do Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha, assim dispõe: "Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes".

1.1.4. Prazo de validade do concurso

O inciso III do art. 37 da Constituição assim dispõe:

III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

O prazo de validade de um concurso corresponde ao período que a administração tem para nomear ou contratar os aprovados para o cargo ou emprego público a que o certame se destinava. O prazo de validade é contado da homologação do concurso. Homologação é o ato administrativo mediante o qual a autoridade competente certifica que o procedimento do concurso foi válido e regularmente concluído. A nomeação ou a contratação dos aprovados somente pode ocorrer após a homologação do concurso e

durante o período de validade deste. O prazo de validade dos concursos públicos será de até dois anos, podendo ser prorrogado uma única vez, por igual período. Cabe à administração pública, discricionariamente, estabelecer a validade de cada concurso público que promova, a qual constará do respectivo edital. Se o edital for omissivo, entendemos que será de dois anos o prazo de validade do certame por ele regulado. A doutrina administrativista costuma afirmar que, se houver prorrogação, o prazo desta deve obrigatoriamente ser idêntico àquele que foi inicialmente estipulado no edital. Por exemplo, se o edital fixou em dez meses a validade do concurso, a prorrogação, se houver, só poderá ser por dez meses, nem maior, nem menor. Não conhecemos o fundamento que justificaria essa interpretação do texto constitucional - decerto não é a literalidade -, mas fica o seu registro. 33 RE 486.184 AgR/SP, rei. Mln. Ricardo Lewandowski, 12.12.2006. ... RMS 28.911/RJ, rei. Mln. Cénen Lúcia, 13.11.2012.

Seja como for, incontroverso é que a decisão da administração quanto a prorrogar ou não o prazo de validade do concurso é discricionária. E o ato de prorrogação, se houver, deve obrigatoriamente ser editado enquanto o prazo inicial de validade ainda não tiver expirado. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não é possível prorrogar o prazo de validade do concurso depois que ele já expirou. É oportuno repisar que o § 2.º do art. 37 da Carta da República estabelece que o desrespeito ao prazo de validade do concurso implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

7.7.5. Direito à nomeação

Durante muito tempo, foi praticamente pacífico, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que a aprovação em concurso público, mesmo que houvesse número certo de vagas previsto no edital, não gerava para o candidato direito adquirido à nomeação, mas simples expectativa de direito. Faz alguns anos, entretanto, começaram a surgir, de início no Superior Tribunal de Justiça, e depois em nossa Corte Suprema, alguns julgados em que se reconhecia a candidatos aprovados o direito subjetivo de serem nomeados, por terem sido classificados dentro do número de vagas previsto no edital do certame. Todavia, especialmente no Supremo Tribunal Federal, os primeiros acórdãos a seguirem tal orientação versavam sobre casos em que sempre se fazia presente uma ou outra peculiaridade, frequentemente traduzida na caracterização de alguma conduta inadequada por parte da administração pública, no mais das vezes tendente a frustrar,

deliberadamente, a nomeação de candidatos aprovados conforme as regras do edital. Enfim, mesmo em face desses acórdãos, não era possível afirmar, com segurança, que estivesse consolidada uma virada jurisprudencial, no âmbito de nossa Corte Máxima, acerca da existência de direito adquirido à nomeação dos candidatos aprovados em concurso público dentro do número de vagas estabelecido no respectivo edital. Essa situação de incerteza perdurou até 10 de agosto de 2011, quando, felizmente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, pacificou a questão: o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas indicado no edital tem direito subjetivo de ser nomeado, observado o prazo de validade do concurso. Por outras palavras, quando a administração pública fixa no edital de um concurso o número certo de vagas a serem preenchidas pelos aprovados, ela tem a obrigação - passível de ser exigida judicialmente, se não cumprida de forma espontânea - de nomear os aprovados, obedecida a ordem de classificação, até o preenchimento completo das vagas previstas (desde que haja suficientes candidatos aprovados, é claro). Ela não é obrigada a nomear imediatamente, nem de uma só vez. Pode efetuar fracionadamente as nomeações, dentro do prazo de validade do concurso, em tantas parcelas quantas julgue convenientes ao interesse público. Não obstante, certo é que, até terminar o prazo de validade previsto no edital - que pode ser prorrogado por uma única vez -, a administração tem a obrigação de nomear os aprovados, até preencher o número de vagas estipulado nesse mesmo edital (ou até acabarem os aprovados, caso haja menos aprovados do que o número previsto de vagas). A rigor, cabe abrir um parêntese para mencionar que, na mesma decisão ora em apreço, nosso Pretório Maior deixou consignado que, em casos excepcionalíssimos, provocados por circunstâncias supervenientes à publicação do edital, pode ser aceitável que a administração deixe de nomear os aprovados, desde que fundamente pormenorizadamente - e tal decisão administrativa, por óbvio, estará sujeita ao controle judicial, se provocado, no qual pode acontecer de a fundamentação não ser considerada válida. Relevante também é anotar que, posteriormente à consolidação do seu entendimento de que os candidatos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital adquirem direito à nomeação, o Supremo Tribunal Federal estendeu o reconhecimento desse mesmo direito ao candidato que tenha sido aprovado fora das vagas previstas no edital, mas que, em razão da desistência de candidatos classificados acima dele, passe a estar colocado dentro do número das vagas oferecidas. Por exemplo, em um concurso que tenha oferecido vinte vagas em seu edital, o candidato aprovado em vigésimo terceiro lugar terá direito subjetivo à nomeação caso ocorra a desistência de três

candidatos mais bem classificados do que ele. Deve-se perceber que essa regra se aplica quaisquer que fossem as posições dos três candidatos desistentes com melhor classificação - poderiam ser, digamos, o 2.º, o 17.º e o 22.º classificados.

Não podemos deixar de comentar que, a nosso ver, há um risco de que o direito subjetivo à nomeação assegurado de forma tão alvissareira, e veemente, pelo Tribunal Maior venha a ser artificialmente contornado. A burla consistiria na adoção, por parte de órgãos e entidades administrativos, em alguns entes federados, do expediente espúrio de sistematicamente elaborar editais, para os concursos públicos que promovam, nos quais não seja estabelecido número certo de vagas nem previsto de nomeação de candidato algum. Esse modelo de edital, aliás, é bastante usual - e a verdade é que ele não surgiu com o objetivo de frustrar a nova orientação jurisprudencial do STF, haja vista ser bem mais antigo do que ela. Geralmente é utilizado quando o órgão ou a entidade administrativa deseja apenas formar os denominados "cadastros de reserva" para futuras e eventuais nomeações, caso venham a ser necessárias. E nossa jurisprudência é pacífica quanto ao entendimento de que o "candidato aprovado em certame para formação de reserva não tem direito subjetivo à nomeação, mas mera expectativa". Quanto a esse ponto, é oportuno registrar que o Decreto 6.944/2009, aplicável à administração direta federal e às autarquias e fundações públicas federais, contém regra salutar que confere à realização de concurso público para a formação de "cadastro de reserva" a condição de medida excepcional, cabível em hipóteses restritas, conforme deflui de seu art. 12, abaixo reproduzido:

Art. 12. Excepcionalmente o Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão poderá autorizar a realização de concurso público para formação de cadastro reserva para provimento futuro, de acordo com a necessidade, de cargos efetivos destinados a atividades de natureza administrativa, ou de apoio técnico ou operacional dos planos de cargos e carreiras do Poder Executivo federal.

Ainda sobre direito a nomeação, é de bom alvitre trazer a lume três orientações do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, a nosso ver, estão em perfeita harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que acabamos de expor. Pela primeira delas, firmada em diversos julgados, assevera o STJ que "a desistência dos candidatos convocados, ou mesmo a sua desclassificação em razão do não preenchimento de determinados requisitos, gera para os seguintes na ordem de classificação direito subjetivo à nomeação, observada a quantidade das novas vagas disponibilizadas".

Por exemplo, houvesse ou não número certo de vagas previsto no edital, se a administração interessada nomeia trinta candidatos, mas, desses trinta, três desistem (não aparecem para tomar posse), ou são desclassificados (constata-se, depois da nomeação, que eles não preenchiam determinado requisito essencial para a posse), passam a ter direito adquirido de serem nomeados os candidatos que foram aprovados e classificados nas três colocações seguintes, isto é, nas 31.^a, 32.^a e 33.^a posições daquele certame. Vale frisar que esses candidatos classificados em 31.º, 32.º e 33.º lugares teriam direito subjetivo à nomeação ainda que o edital do concurso fixasse em trinta as vagas disponíveis (ou simplesmente não determinasse o número de vagas oferecidas). O segundo posicionamento do STJ a merecer citação, também exarado em mais de um acórdão, é este: nos concursos em que não esteja previsto número certo de vagas no edital, há direito subjetivo à nomeação para o candidato que for classificado em primeiro lugar. Em precisas palavras, "ainda que se considere o fato de o edital não fixar o número de vagas a serem preenchidas com a realização do concurso, é de presumir que, não tendo dito o contrário, pelo menos uma vaga estaria disponível. Em sendo assim, é certo que essa vaga só poderia ser destinada à recorrente, a primeira colocada na ordem de classificação". É necessário frisar que, aqui, não se trata de concurso realizado com a finalidade específica ou exclusiva de formação de cadastro de reserva, pois, se assim fosse, haveria mera expectativa de direito à nomeação, inclusive para o primeiro colocado no certame. Nos termos da terceira e última orientação do STJ que achamos oportuno mencionar sobre o tema em foco, "o candidato aprovado fora das vagas previstas originariamente no edital, mas classificado até o limite das vagas surgidas durante o prazo de validade do concurso, possui direito líquido e certo à nomeação se o edital dispuser que serão providas, além das vagas oferecidas, as outras que vierem a existir durante sua validade". É mister enfatizar que, se não houver no edital determinação expressa de provimento das vagas que vierem a surgir, "o candidato aprovado fora das vagas previstas no edital não tem direito subjetivo à nomeação, ainda que surjam novas vagas durante o prazo de validade do certame, seja em decorrência de vacância nos quadros funcionais seja em razão da criação de novas vagas por lei".

Por fim, a respeito dos direitos da administração, cumpre anotar que, salvo alguma situação excepcional em que fique provada a ocorrência de vício (por exemplo, desvio de finalidade), não há impedimento à nomeação de um número maior de candidatos do que a quantidade de vagas inicialmente prevista no edital, desde que, evidentemente, todos os nomeados sejam considerados aprovados, nos termos do edital, ou de legislação

específica, se houver. Ilustra essa afirmação o Decreto 6.944/2009, aplicável à administração direta federal e às autarquias e fundações públicas federais, cujo art. 11 prevê a possibilidade de serem nomeados, durante o período de validade do concurso, candidatos aprovados e não convocados, podendo ultrapassar em até cinquenta por cento o quantitativo original de vagas, desde que o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão assim decida, motivando expressamente.

1.1.6. Prioridade na nomeação e direito do candidato preterido

O inciso IV do art. 37 da Constituição Federal contém o seguinte preceito:

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

Embora a redação desse dispositivo não prime pela clareza, a verdade é que nem a doutrina administrativista nem nossa jurisprudência costuma demonstrar grande preocupação em decifrar o significado de "prazo improrrogável previsto no edital de convocação". De um modo geral, simplesmente consideram que o inciso em foco se refere ao prazo de validade do concurso. A norma, portanto, deve ser lida assim: durante o prazo de validade de um determinado concurso, aqueles nele aprovados devem ser convocados para assumir o respectivo cargo ou emprego antes que se convoque qualquer candidato aprovado em um novo concurso realizado para o mesmo cargo ou emprego. Frise-se que essa regra só se aplica enquanto o primeiro concurso estiver dentro do seu prazo de validade. O mais importante a enfatizar é que a Constituição de 1988 não proíbe a realização de um novo concurso para o mesmo cargo ou emprego durante o prazo de validade de um concurso anterior, mesmo que ainda haja candidatos aprovados neste. Com efeito, a expressão "novos concursados" utilizada no inciso IV do art. 37 reporta obrigatoriamente aos aprovados em um novo concurso. E, como os aprovados no concurso anterior têm prioridade de convocação sobre os "novos concursados", conclui-se que o concurso anterior ainda está dentro do seu prazo de validade, porque, se assim não fosse, não mais poderia, com base nele, ser convocada pessoa alguma para assumir o cargo ou emprego correspondente. Logo, foi realizado um novo concurso para o mesmo cargo ou emprego enquanto estava válido o concurso anterior, com candidatos aprovados e ainda não chamados. A Lei 8.112/1990, que disciplina o provimento de cargos públicos na administração direta, autarquias e fundações públicas federais, estabelece regra mais

restritiva e, a nosso ver, mais condizente com o princípio da moralidade, segundo a qual "não se abrirá novo concurso enquanto houver candidato aprovado em concurso anterior com prazo de validade não expirado" (art. 12, § 2.0). Vale observar que frequentemente esse inciso IV do art. 37 da Constituição é apontado como um dos fundamentos para a obrigatoriedade de observância da ordem de classificação na nomeação dos candidatos aprovados em concurso público. Por óbvio, não é exatamente isso que se encontra escrito no dispositivo. A verdade é que a Constituição de 1988 não estabeleceu, expressamente, em uma regra geral, a necessidade de se observar a ordem de classificação na nomeação de aprovados em concursos públicos (ela o faz em dispositivos específicos, a saber, o art. 93, 1, aplicável aos concursos para a carreira da magistratura, e o art. 129, § 3.0, referente à carreira do Ministério Público). Não obstante, o direito à nomeação conforme a ordem de classificação está, há muito, pacificado pela jurisprudência e é, sem dúvida, decorrência necessária, dentre outros, dos princípios da moralidade e da impessoalidade, além de ser uma consequência da própria lógica subjacente à obrigatoriedade de contratação mediante concurso público, cujo fundamento mais amplo é a indisponibilidade do interesse público. A Súmula 15 do STF, aprovada em 13 de dezembro de 1963, é clara ao afirmar que o desrespeito, na nomeação, à ordem de classificação faz surgir para os candidatos preteridos o direito subjetivo de serem nomeados. É o seguinte o seu texto: 15 - Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.

Portanto, surge direito adquirido à nomeação para o candidato mais bem classificado se a administração nomear antes dele outro candidato que tenha obtido colocação inferior no certame. Exemplificando, se a administração nomeia o quinto colocado em um concurso, sem haver nomeado o quarto, este passa a ter direito subjetivo à nomeação, porque o descumprimento da ordem de classificação acarretou a sua preterição indevida.

Vale notar que essa orientação do Supremo Tribunal Federal é muito mais antiga do que a jurisprudência firmada no julgamento do RE 598.099tMs, ocorrido em 10 de agosto de 2011, segundo a qual têm direito subjetivo à nomeação todos os candidatos aprovados dentro do número de vagas especificado no edital do concurso público - e aquela não ficou prejudicada por esta. Com efeito, os dois entendimentos jurisprudenciais coexistem, uma vez que a Súmula 15 do STF tem aplicação em qualquer caso, haja ou não vagas certas definidas no edital, tenham ou não as nomeações ocorrido dentro do

número inicialmente previsto de vagas (se houver). Por exemplo, se um edital fixou em vinte o número de vagas, mas a administração resolveu nomear trinta aprovados, tendo, entretanto, preterido o vigésimo sexto colocado, surgirá para este o direito de ser nomeado, pelo simples fato de ter sido indevidamente "pulado", com violação da ordem de classificação. Convém enfatizar que só se pode falar em preterição quando a administração pública efetua nomeações sem observância da ordem de classificação por decisão dela própria. Deveras, é pacífico no âmbito de nosso Pretório Constitucional o reconhecimento de que não há preterição de candidato, nem desrespeito à ordem de classificação em concurso público, quando a administração, cumprindo determinação judicial, nomeia candidatos menos bem colocados. Significa dizer, o simples fato de um candidato em concurso público ser nomeado em virtude de decisão judicial que tenha imposto tal providência ao órgão ou à entidade administrativa competente não faz surgir direito algum para os candidatos que, no mesmo certame, obtiveram classificação melhor do que a daquele. Finalizando, é muito importante registrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme quanto ao entendimento de que, havendo vaga para provimento de cargo efetivo, configura preterição a nomeação ou a contratação de pessoal a título precário (por exemplo, como comissionados, temporários ou terceirizados) para exercício de atribuições do cargo em questão, quando existirem candidatos aprovados e não nomeados em concurso público, ainda dentro do prazo de validade, destinado àquele provimento efetivo. A consequência é o surgimento de direito adquirido à nomeação para os candidatos preteridos, mesmo que eles tenham sido classificados fora do número de vagas (quando há) originalmente previsto no edital. Por exemplo, imagine-se que tenha sido realizado um concurso em que o edital estabelecia um número certo de vagas - digamos, vinte vagas. Concluído e homologado o concurso, foram nomeados e empossados os vinte primeiros candidatos, segundo a ordem de classificação. Entretanto, um pouco depois, estando o concurso ainda vigente, foram contratados trinta temporários, e há trinta ou mais cargos efetivos vagos, e trinta candidatos aprovados e não nomeados nesse concurso. Esses trinta candidatos serão considerados preteridos e terão direito subjetivo de ser nomeados. Sem prejuízo do exemplo acima, enfatizamos que não importa perquirir se havia, ou não, número certo de vagas a serem preenchidas previsto no edital. Basta que exista cargo efetivo vago e nomeação precária para exercício de funções próprias do cargo, com candidatos aprovados e ainda não nomeados, estando o concurso dentro do prazo de validade. Veja-se esta ilustrativa ementa de julgado do STF (grifamos): É posição pacífica desta Suprema Corte que, havendo vaga e candidatos

aprovados em concurso público vigente, o exercício precário, por comissão ou terceirização, de atribuições próprias de servidor de cargo efetivo faz nascer para os concursados o direito à nomeação, por imposição do art. 37, inciso IV, da Constituição Federal. O direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado em concurso vigente somente surge quando, além de constatada a contratação em comissão ou a terceirização das respectivas atribuições, restar comprovada a existência de cargo efetivo vago.

No Superior Tribunal de Justiça é idêntica a jurisprudência, conforme se lê no texto abaixo, bastante didático, veiculado no Informativo 489 do STJ:

A mera expectativa de nomeação dos candidatos aprovados em concurso público (fora do número de vagas) convola-se em direito líquido e certo quando, dentro do prazo de validade do certame, há contratação de pessoal de forma precária para o preenchimento de vagas existentes, com preterição daqueles que, aprovados, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função.

7.7.Z Reserva de percentual de cargos e empregos para candidatos com deficiência

O inciso VIII do art. 37 da Constituição de 1988 assim dispõe:

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

Essa reserva de vagas, no que concerne aos cargos públicos federais, está disciplinada no § 2.º do art. 5.º da Lei 8.112/1990, nestes termos:

§ 2.0 Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

A Carta Política de 1988 confere à União competência legislativa para estabelecer normas gerais sobre "proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência." No uso dessa competência, o Congresso Nacional editou a Lei 7.853/1989, que "dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social (...) e dá outras providências". Embora essa lei não contenha regras acerca da participação de pessoas com deficiência em concursos públicos, o Poder Executivo federal, a pretexto de regulamentá-la, editou o Decreto 3.298/1999, que, nos seus arts. 37 a 44, estabelece uma série de preceitos sobre esse tema específico. A rigor, essas disposições vazadas no Decreto 3.298/1999 são inteiramente autônomas (não estão detalhando normas que já

constassem expressa ou implicitamente da lei) - e só têm aplicação obrigatória no plano federal. Não obstante, devem ser conhecidas as mais importantes, apresentadas ao longo deste tópico. Ponto importante a ser esclarecido é que, da mesma forma que os outros candidatos, aqueles que estejam concorrendo na qualidade de pessoa com deficiência precisam fazer o concurso público. Quando a Constituição Federal afirma que a lei "definirá os critérios de sua admissão", não os está dispensando de obter aprovação em concurso público. Além disso, o conteúdo das provas, os critérios de correção e a nota mínima exigida para a não eliminação devem ser exatamente os mesmos para todos os candidatos, sem peculiaridades, quanto a esses aspectos, para os que se inscrevam como portadores de deficiência. A lei deve simplesmente garantir que, nos concursos públicos, um percentual de vagas seja reservado para candidatos com deficiência.

As afirmações que fizemos no parágrafo anterior valem para toda administração pública brasileira, em todos os níveis. No âmbito do Poder Executivo federal, o art. 41 do Decreto 3.298/1999 afasta qualquer dúvida que pudesse subsistir, ao estabelecer, com absoluta clareza, que "a pessoa portadora de deficiência" "participará de concurso em igualdade de condições com os demais candidatos no que concerne": (a) "ao conteúdo das provas"; (b) "à avaliação e aos critérios de aprovação"; (c) "ao horário e ao local de aplicação das provas"; e (d) "à nota mínima exigida para todos os demais candidatos". Já o art. 42 do decreto estatui que "a publicação do resultado final do concurso será feita em duas listas, contendo, a primeira, a pontuação de todos os candidatos, inclusive a dos portadores de deficiência, e a segunda, somente a pontuação destes últimos". Dessa forma, os candidatos que estejam concorrendo na qualidade de possuidores de necessidades especiais têm possibilidade de ser classificados ou na lista geral, caso sua pontuação assim permita, ou na lista específica das vagas reservadas. Se um candidato inscrito como portador de deficiência obtiver pontuação que o torne apto a ser classificado pela lista geral, ele não concorrerá com os candidatos da lista específica. Essa regra evita que qualquer candidato inscrito na qualidade de pessoa com deficiência seja de algum modo prejudicado por essa razão, além de permitir, em tese, que, ao final do concurso, haja mais candidatos com deficiências aprovados do que o número de vagas que a eles estava reservado no edital. Situação que ensejava dúvida, já resolvida pelo Supremo Tribunal Federal, ocorre quando temos um concurso público em cujo edital estejam previstas muito poucas vagas - duas ou três vagas, por exemplo. Em casos assim, pode o edital deixar de reservar vaga para deficientes? O Decreto 3.298/1999, no seu art. 37, criou norma reservando um mínimo de cinco por cento das vagas dos concursos públicos para

deficientes e determinando, ainda, que, se a aplicação do percentual de cinco por cento resultar em número fracionado, "este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente". Ora, se essa regra - elevar ao primeiro número inteiro subsequente o resultado fracionado - fosse sempre aplicada, muitas distorções poderiam acontecer. No limite, em um concurso com o total de uma única vaga, seria esta reservada a candidato deficiente, vale dizer, não haveria nenhuma vaga não reservada! Atento a tal problema, e à norma constante da Lei 8.112/1990, que fixa em vinte por cento o limite máximo de vagas a serem reservadas, o Supremo Tribunal Federal, em um caso concreto de um concurso público cujo edital previa ao todo duas vagas, decidiu que nenhuma delas precisaria ser reservada para deficientes. Segundo nossa Corte Constitucional, a reserva de uma vaga para deficientes, nesse caso, implicaria ultrapassar o limite máximo legal de vinte por cento. Não seria possível, portanto, obedecer à regra, criada pelo Decreto 3.298/1999, de aplicar o percentual mínimo de cinco por cento sobre as duas vagas existentes e elevar o resultado fracionado ao primeiro número inteiro subsequente, porque isso resultaria na reserva de uma vaga, o que, no caso concreto, significaria reservar cinquenta por cento do total de vagas previstas no edital. Assim, considerou o Tribunal Maior que deve prevalecer a interpretação do texto constitucional que preserve "a premissa de que a regra geral é o tratamento igualitário (CF, art. 37, II), consubstanciando exceção a separação de vagas para um determinado segmento". Com arrimo nesse entendimento, o STF julgou válido o edital de concurso para o preenchimento de duas vagas que não reservou nenhuma para deficientes. Consignou a Corte Suprema que reservar uma vaga, ou seja, cinquenta por cento das vagas existentes, implicaria majoração indevida dos percentuais legalmente estabelecidos. Podemos asseverar que, atualmente, essa orientação jurisprudencial está consolidada no âmbito do Pretório Máximo. São claras estas palavras do Ministro Gilmar Mendes (tratava-se de concurso para cargo federal): "o Supremo Tribunal Federal, buscando garantir razoabilidade à aplicação do disposto no Decreto 3.298/99, entendeu que o referido diploma legal deve ser interpretado em conjunto com a Lei 8.112/90. Assim, as frações, mencionadas no art. 37, § 2.º, do Decreto 3.298/99, deverão ser arredondadas para o primeiro número subsequente, desde que respeitado limite máximo de 20% das vagas oferecidas no certame (art. 5.º, § 2.º, da Lei 8.112/90)".⁴⁸ O mesmo raciocínio vale para os demais entes federados, adaptado, obviamente, à legislação específica de cada um: quando o cálculo percentual do número de vagas reservado a deficientes em um dado concurso resultar em fração, a regra de arredondamento prevista em tese, seja qual for, não poderá

ser aplicada no caso concreto, se isso implicar uma reserva · acima do limite máximo previsto na lei local. São bastante frequentes litígios entre um candidato e a administração pública nos quais aquele se inscreve para concorrer como deficiente em um concurso e, depois da realização das provas, a administração impede o seu prosseguimento no certame, ou a sua nomeação, sob a motivação de que a deficiência por ele alegada não deve ser assim considerada para esse efeito e que, portanto, ele não poderia ter concorrido no âmbito das vagas reservadas. Na maior parte das vezes essas questões acabam sendo levadas ao Poder Judiciário. Não obstante a dificuldade de apontar quando uma alteração orgânica pode, em concursos públicos, qualificar o candidato como deficiente, possibilitando-lhe concorrer às vagas reservadas, registramos que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 377, explicitando que deve ser tida por deficiência uma condição específica - a ausência de visão em um dos olhos -, conforme abaixo se lê:

O portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes.⁴⁹

Por outro lado, há decisões, do STF e do STJ, que não admitem a surdez unilateral como condição suficiente para ensejar o direito de o candidato participar em concurso público na qualidade de deficiente auditivo. O fundamento é a redação dada pelo Decreto 5.296/2004 ao inciso II do art. 4.º do Decreto 3.298/1999, que passou a definir como deficiência auditiva apenas a surdez bilateral. Embora devesse ser considerado um tanto óbvio, o Supremo Tribunal Federal já precisou esclarecer que não se pode estabelecer, como critério para permitir que a pessoa concorra às vagas reservadas, a exigência de que a deficiência por ela apresentada dificulte o desempenho das funções inerentes ao cargo. Em outras palavras, para poder postular as vagas reservadas no certame, basta que o candidato realmente apresente alguma deficiência, ainda que esta não represente absolutamente nenhum embaraço para o desempenho das atribuições do cargo para o qual ele esteja concorrendo. Maiores dificuldades podem surgir para a administração determinar se a deficiência apresentada pelo candidato aprovado no concurso é compatível com o cargo respectivo, ou se ela implica limitações de tal monta que chegam a inviabilizar o exercício das atribuições desse cargo. O Decreto 3.298/1999, no caput de seu art. 37, assegura ao portador de deficiência o direito de se inscrever em concurso público "para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador". Em seguida, no inciso II de seu art. 38, estatui que essa regra não se aplica "nos casos de provimento de cargo ou emprego público integrante de carreira que exija aptidão plena do candidato". É muito importante, entretanto, saber que o Supremo

Tribunal Federal, mais de uma vez, já considerou haver afronta ao inciso VIII do art. 37 da Constituição quando o edital de concurso público para determinado cargo (dos quadros da Polícia Federal ou das polícias civis, por exemplo) não reserva vaga alguma para deficiente, fundado no raciocínio apriorístico de que a atividade respectiva não é compatível com nenhum tipo de deficiência. No dizer de nossa Corte Maior, deve a administração pública reservar vagas para candidatos que tenham deficiências e, depois de realizado o concurso, "examinar, com critérios objetivos, se a deficiência apresentada é, ou não, compatível, com o exercício do cargo ou da função oferecidos no edital, assegurando a ampla defesa e o contraditório ao candidato, sem restringir a participação no certame de todos e de quaisquer candidatos portadores de deficiência". Em outras palavras, o STF não tem admitido, ainda quando se trate de cargos dos quadros das polícias civis e da Polícia Federal, que o edital deixe de reservar vaga para pessoas com deficiência, baseado na implícita presunção, abstratamente estabelecida, de que o exercício das atribuições do cargo não seria compatível com deficiência de espécie alguma. Conforme inspirada dicção da Ministra Cármen Lúcia, "a presunção de que nenhuma das atribuições inerentes aos cargos de natureza policial pode ser desempenhada por pessoas portadoras de uma ou outra necessidade especial é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, marcadamente assecuratório de direitos fundamentais voltados para a concretização da dignidade da pessoa humana". Aliás, o próprio Decreto 3.298/1999 contém preceito em perfeita harmonia com esse entendimento do STF. De fato, no seu art. 43, caput e § 2.º, o decreto estabelece que uma equipe multiprofissional, "composta de três profissionais capacitados e atuantes nas áreas das deficiências em questão, sendo um deles médico, e três profissionais integrantes da carreira almejada pelo candidato", deverá avaliar, durante o estágio probatório, a compatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência do candidato aprovado nessa condição. Por último, é oportuno registrar o disposto no Enunciado Administrativo 12/CNJ (Publicado no DJ-Eletrônico, Edição n.º 16/2009, de 29.01.2009), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), abaixo transcrito:

Em todos os concursos públicos para provimento de cargos do Poder Judiciário, inclusive para ingresso na atividade notarial e de registro, será assegurada reserva de vagas a candidatos com deficiência, em percentual não inferior a 5% (cinco por cento), nem superior a 20% (vinte por cento) do total de vagas oferecidas no concurso, vedada a incidência de "nota de corte" decorrente da limitação numérica de aprovados e observando-se a compatibilidade entre as funções a serem desempenhadas e a

deficiência do candidato. As listas de classificação, em todas as etapas, devem ser separadas, mantendo-se uma com classificação geral, incluídos os candidatos com deficiência e outra exclusivamente composta por estes.

1.7.8. Cargos em comissão e funções de confiança

O inciso V do art. 37 trata da designação para o exercício de funções de confiança e do provimento de cargos em comissão, nos seguintes termos:

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

Nem a Constituição, nem as leis federais, definem ou diferenciam com precisão função de confiança e cargo em comissão. Segundo Hely Lopes Meirelles, o cargo, seja ele de provimento efetivo ou em comissão, é um lugar na estrutura organizacional da administração, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e remuneração correspondente. A Lei 8.112/1990, em seu art. 3.º, assim estabelece o conceito de cargo público:

Art. 3.º Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor. Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão.

Uma vez que todo cargo encerra um conjunto de atribuições, podemos concluir que não existe cargo sem função. Entretanto, podem existir funções sem um cargo específico correspondente, como é o caso das funções de confiança. Os cargos em comissão, nos termos do inciso II do art. 37 da Constituição, são declarados em lei como de livre nomeação e exoneração. Significa isso que, em regra, qualquer pessoa, mesmo que não seja servidor público efetivo em nenhum Poder ou esfera da Federação, pode ser nomeada para exercer um cargo em comissão. A mesma autoridade competente para nomear é competente para, a seu critério, exonerar o servidor ocupante do cargo comissionado. Exoneração é um ato administrativo que não possui caráter punitivo, vale dizer, o motivo determinante de um ato de exoneração não é a prática de uma infração disciplinar. Ao servidor ocupante de cargo em comissão que cometa infração funcional aplica-se a

penalidade administrativa de destituição, ato de caráter punitivo que deve, por essa razão, ser precedido de processo administrativo disciplinar em que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa. A exoneração de um servidor ocupante de cargo em comissão é um ato administrativo amplamente discricionário, que não precisa sequer ser motivado. Dada a ausência de caráter punitivo, não se cogita a instauração de processo administrativo, tampouco observância de contraditório ou ampla defesa. O provimento de cargo em comissão, portanto, é sempre feito a título precário. Não se adquire, em nenhuma hipótese, estabilidade em decorrência do exercício de cargo comissionado, não importa durante quanto tempo o servidor o exerça. A nomeação para cargo de provimento em comissão - nomeação ad nutum - não pode, em regra, ser substituída por outra sistemática de escolha do agente a ser nomeado. Com base nesse entendimento, o Supremo Tribunal Federal já declarou inconstitucionais normas estaduais de iniciativa do Poder Legislativo que previam a eleição como forma de escolha de dirigentes de escolas públicas. Deixou assente o Pretório Excelso que a competência para essa nomeação é privativa do Chefe do Poder Executivo, uma vez que o cargo de diretor de escola pública é um cargo em comissão e, como tal, de confiança da citada autoridade; a quem o ordenamento confere as prerrogativas de livre nomeação e exoneração, incompatíveis com o sistema de eleições. Pela norma constante do inciso V do art. 37, transcrito no início deste tópico, não poderia ocorrer - ao menos teoricamente - que, nos quadros da administração pública de um determinado ente federado, todos os cargos em comissão fossem preenchidos mediante nomeação de pessoas não integrantes dos corpos funcionais permanentes do serviço público. Com efeito, o texto constitucional exige que cada pessoa política estabeleça em lei percentuais mínimos dos cargos em comissão que deverão ser preenchidos por servidores de carreira (isto é, concursados), além de casos e condições em que obrigatoriamente isso deva ocorrer. Essa regra, extremamente salutar e moralizadora, foi introduzida pela EC 19/1998.

Na esfera federal, não há uma lei geral, aplicável a todas as carreiras federais, que estabeleça os percentuais mínimos de ocupantes de cargos em comissão que devam ser, também, titulares de cargos efetivos. A fim de suprir essa omissão legislativa, foi editado o Decreto 5.497/2005, aplicável no âmbito de todo o Poder Executivo federal (observe-se que não é a lei que a Constituição exige, mas sim um mero decreto). No Poder Executivo federal existem seis níveis de cargos em comissão. O mais baixo é denominado DAS 1 e o mais elevado é o DAS 6. O Decreto 5.497/2005 estabeleceu as seguintes regras para provimento dos cargos comissionados do Poder Executivo federal:

- a) serão ocupados exclusivamente por servidores de carreira 75% dos cargos DAS 1, 2 e 3;
- b) serão ocupados exclusivamente por servidores de carreira 50% dos cargos DAS 4;
- c) é inteiramente livre a nomeação para os cargos DAS 5 e 6.

Essas regras só valem para as nomeações posteriores à publicação do Decreto 5.497/2005, que ocorreu em 22.07.2005. O Decreto 5.497/2005 considera servidor de carreira qualquer servidor concursado de qualquer Poder de todas as esferas da Federação, inclusive o militar das Forças Armadas, agregado ou inativo, e o militar do Distrito Federal (art. 2.º). Se houver norma mais restritiva em determinado órgão ou entidade, referente à nomeação de servidores que não sejam de carreira para cargos em comissão, ela afasta o decreto. Por exemplo, determinado órgão pode, em seu regimento interno, conter artigo proibindo nomeação de servidores que não sejam de carreira para os seus DAS I, 2, 3 e 4; nesse caso, aplica-se a norma do regimento, não o Decreto 5.497/2005. Voltando ao dispositivo constitucional em análise, deve-se notar que, mesmo no caso de provimento de cargo em comissão por servidor de carreira, isto é, concursado, jamais se adquirirá estabilidade como decorrência especificamente do exercício do cargo em comissão. A estabilidade poderá ser adquirida pelo servidor em razão de seu cargo efetivo, para o qual ele prestou concurso público, mas não pelo exercício do cargo em comissão. 55 Anotamos, apenas para efeito de registro, que no âmbito do Ministério Público da União (MPU) existe a Lei 11.415/2006, a qual, no seu art. 4.º, estatui que, em cada ramo do MPU, no mínimo cinquenta por cento dos cargos em comissão devem ser destinados aos integrantes das carreiras do MPU.

O servidor de carreira, quando é exonerado de cargo em comissão, permanece vinculado à administração, exercendo normalmente as atribuições de seu cargo efetivo. Já o servidor nomeado para cargo em comissão que não possua vínculo efetivo com o serviço público evidentemente deixa de ter qualquer relação jurídica funcional com a administração pública quando é exonerado. No caso de função de confiança, a designação para o seu exercício deve recair, obrigatoriamente, sobre servidor ocupante de cargo efetivo, regra introduzida pela EC 19/1998. Portanto, embora seja um ato amplamente discricionário, não é inteiramente livre, a rigor, a designação de servidor para exercer função de confiança. Já a dispensa de função de confiança é, de fato, ato plenamente livre, conforme critério exclusivo da autoridade competente. A EC 19/1998 introduziu outra regra de intuito moralizador segundo a qual as funções de confiança e os cargos em comissão destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Em inúmeras ocasiões, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucionais leis estaduais

e municipais que pretenderam criar cargos em comissão para o exercício de atividades rotineiras da administração, ou de atribuições de natureza técnica, operacional ou meramente administrativa, as quais não pressupõem a existência de uma relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado.⁵⁶ É exemplo emblemático dessa posição jurisprudencial a ementa do acórdão prolatado na ADI 3.602/GO: É inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico, tais como os cargos de Perito Médico-Psiquiátrico, Perito Médico-Clínico, Auditor de Controle Interno, Produtor Jornalístico, Repórter Fotográfico, Perito Psicológico, Enfermeiro e Motorista de Representação. Ofensa ao artigo 37, li 1  V da Constituição Federal.

Ainda assim, nossa opinião é que o constituinte derivado foi tímido ao restringir às atribuições de direção, chefia e assessoramento a criação de cargos em comissão. Pensamos que, se a EC 19/1998 houvesse limitado os cargos em comissão exclusivamente às atribuições de direção e chefia, teria realmente contribuído para resolver o sério problema das miríades de apaniguados abarrotam as repartições públicas brasileiras, prestando serviços de péssima qualidade - quando chegam a prestar algum serviço! -, em um espetáculo degradante de completo descaso para com o dinheiro do contribuinte. Verificou-se, entretanto, uma verdadeira brecha, representada pelas tais atribuições de "assessoramento" (os famigerados cargos de "aspone"), acessíveis inclusive a pessoas não ocupantes de cargos efetivos. São esses cargos comissionados de "assessoramento", criados às centenas - quando não aos milhares - em todos os níveis da Federação, providos por servidores não titulares de cargos efetivos, que possibilitam as situações mais escandalosas, nas quais alguém que nunca fez um concurso público (ou nunca foi aprovado em algum) é nomeado, com base em um risível critério de "confiança", para nada ou quase nada fazer e ser pago regamente com significativa parcela do esforço de nosso trabalho, cidadãos não apadrinhados que pagamos tributos! De todo modo, mesmo inexistindo regra constitucional expressa, existe a possibilidade de o Judiciário exercer algum controle sobre a criação indiscriminada de cargos em comissão, pelo menos nos casos mais escabrosos. Exemplo muito interessante em que o Supremo Tribunal Federal enfrentou esse sério problema, socorrendo-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tivemos no julgamento do RE 365.368 AgR/SC, rei. Min. Ricardo Lewandowski, em 22.05.2007. No caso concreto apreciado, a Câmara Municipal de Blumenau criara determinados cargos em comissão, de sorte que, dos 67

cargos que passariam a existir ao todo na Câmara, 42 seriam cargos em comissão, e só 25 seriam cargos efetivos. A Corte Maior considerou que tal situação representava afronta à moralidade administrativa, ao princípio do concurso público e aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Enfatizando que não se tratava, na hipótese, de apreciação do mérito administrativo, o STF considerou inconstitucional a criação dos cargos comissionados em discussão. Merece transcrição este trecho do registro do julgado, constante do Informativo 468 do STF (grifamos):

Asseverou-se que, embora não caiba ao Poder Judiciário apreciar o mérito dos atos administrativos, a análise de sua discricionariedade seria possível para a verificação de sua regularidade em relação às causas, aos motivos e à finalidade que ensejam. Salientando a jurisprudência da Corte no sentido da exigibilidade de realização de concurso público, constituindo-se exceção a criação de cargos em comissão e confiança, reputou-se desatendido o princípio da proporcionalidade, haja vista que, dos 67 funcionários da Câmara dos Vereadores, 42 eram cargos de livre nomeação e apenas 25, cargos de provimento efetivo. Ressaltou-se, ainda, que a proporcionalidade e a razoabilidade podem ser identificadas como critérios que, essencialmente, devem ser considerados pela Administração

Pública no exercício de suas funções típicas. Por fim, aduziu-se que, concebida a proporcionalidade como correlação entre meios e fins, dever-se-ia observar relação de compatibilidade entre os cargos criados para atender às demandas do citado Município e os cargos efetivos já existentes, o que não ocorrera no caso.

323

Por fim, é relevante registrar que o Supremo Tribunal Federal, conferindo máxima efetividade aos princípios constitucionais que orientam a atuação da administração pública como um todo - citando, de forma explícita, os postulados da moralidade administrativa, da impessoalidade e da eficiência -, considerou ofensiva à Constituição da República a prática do denominado nepotismo (nomeação de parentes, consanguíneos ou por afinidade, para cargos em comissão e funções de confiança). Conforme deixou assente nossa Corte Suprema, a vedação ao nepotismo, inclusive ao chamado "nepotismo cruzado" (dois agentes públicos, em conluio, nomeiam familiares um do outro, simultaneamente ou não), não depende de lei formal para ser implementada; tal proibição decorre, diretamente, dos princípios expressos no art. 37, caput, da Carta de 1988 - os quais são dotados de eficácia imediata -, devendo ser observada por todos os Poderes da República e por todos os entes da Federação. Assim, tendo em conta a expressiva

densidade axiológica e a elevada carga normativa que encerram os princípios contidos no caput do art. 37 da Constituição do Brasil, concluiu o STF que a proibição do nepotismo independe de norma infraconstitucional que obste formalmente essa conduta. A partir dessa orientação, foi editada a Súmula Vinculante 13, cuja redação transcrevemos:

13 -A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

É importante ressaltar - embora não esteja explicitado no texto da Súmula Vinculante 13 - que, em um dos precedentes que a ela deram origem (o RE 579.951/RN), afirmou o Supremo Tribunal Federal que a vedação ao nepotismo não alcança, em regra, a nomeação para cargos políticos. Essa orientação foi reiterada, mais tarde, no julgamento de medida cautelar na RE 6.650/PR (16.10.2008). Exemplificando, um prefeito de município, em princípio, pode nomear o seu sobrinho para o cargo político de secretário municipal; um governador de estado, em regra, pode nomear o seu filho para o cargo político de secretário estadual. Entretanto - ainda a título ilustrativo -, o mesmo governador não pode, em hipótese nenhuma, nomear parentes (até o terceiro grau) para o cargo meramente administrativo de assessor jurídico do gabinete do secretário de fazenda do estado. Faz-se necessário frisar que, em julgados posteriores ao RE 579.951/RN e à RE 6.650/PR, os ministros do Supremo Tribunal Federal têm procurado deixar claro que a inaplicabilidade da Súmula Vinculante 13 à nomeação para cargos políticos é mera regra geral. Devem ser analisadas as particularidades de cada caso concreto. Por exemplo, mesmo sendo para um cargo político, a nomeação será ilícita, configurando o nepotismo, com violação da Súmula Vinculante 13, se ficar demonstrado que ela se deu exclusivamente por causa do parentesco (o nomeado não possui qualquer qualificação profissional, curricular ou técnica que justifique a sua escolha), ou como uma troca de favores, ou para burlar uma situação anterior irregular, na qual aquele mesmo parente havia sido nomeado para um cargo meramente administrativo, entre outras possibilidades em que fique patentemente caracterizada a afronta aos princípios da moralidade e da impessoalidade administrativas. Em suma, a regra geral é não configurar nepotismo a nomeação de parentes para cargos políticos; mas, excepcionalmente, dependendo das

circunstâncias do caso concreto, poderá, sim, a nomeação ser caracterizada como nepotismo, hipótese em que será ilícita, por afronta à Súmula Vinculante 13.

No âmbito da administração pública federal, o Decreto 7.203/2010, posterior à Súmula Vinculante 13, regulamenta a proibição do nepotismo, incluído o nepotismo cruzado, estendendo as vedações, também, às contratações de agentes para atenderem a necessidade temporária de excepcional interesse público (CF, art. 37, IX), salvo se efetuadas mediante prévio processo seletivo regular, e às contratações de estagiários, a menos que precedidas de processo seletivo apto a assegurar a isonomia entre os concorrentes (art. 3.º). O Decreto 7.203/2010 procura coibir, ainda, a situação, nada incomum, em que empresas privadas prestadoras de serviços terceirizados, ou entidades privadas que desenvolvem projetos no âmbito da administração pública federal, contratam para os seus quadros, por "influência" de servidores titulares de cargo em comissão ou função de confiança, familiares desses agentes (art. 6.º, II). Ademais, no caso de tais empresas ou entidades privadas já terem em seus quadros, antes de serem contratadas pela administração pública, familiares de agente público que possua cargo em comissão ou função de confiança, ficam esses familiares proibidos de prestar serviços no órgão ou entidade pública em que o citado agente tenha exercício (art. 7.º). Igualmente relevante é anotar que o decreto em foco proíbe contratações de pessoas jurídicas, sem licitação, quando elas possuam administrador ou sócio com poder de direção que seja familiar de servidor ocupante de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou contratação, ou que seja familiar de autoridade hierarquicamente superior a tal servidor no âmbito de cada órgão e de cada entidade (art. 3.º, § 3.º). Foi atribuída à Controladoria-Geral da União a competência para a fiscalização da implementação e da observância das disposições do Decreto 7.203/2010, sem prejuízo do dever que têm as demais autoridades administrativas de zelar pelo cumprimento dele e apurar as irregularidades que verificarem, ou levá-las ao conhecimento de quem seja competente para apurá-las (arts. 5.º e 8.º).

1.1.9. Contratação por tempo determinado

O inciso IX do art 37 da Constituição de 1988 prevê uma outra forma de admissão de agentes públicos pela administração pública, diversa do provimento de cargos efetivos e do preenchimento de empregos públicos mediante concurso público e diversa da nomeação para cargos em comissão. Trata-se da contratação por tempo determinado, para

atender necessidade temporária de excepcional interesse público. É a seguinte a redação do citado dispositivo: IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

O pessoal contratado com base no inciso IX do art. 37 do Texto Magno não ocupa cargo público. Eles não estão sujeitos ao regime estatutário a que se submetem os servidores públicos titulares de cargos efetivos e os servidores públicos ocupantes de cargos em comissão. Embora os agentes públicos temporários tenham um contrato com o Poder Público, não se trata do "contrato de trabalho" propriamente dito, previsto na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Vale frisar: o regime jurídico dos agentes públicos contratados por tempo determinado não é trabalhista, isto é, não são eles empregados celetistas, não têm emprego público. Todavia, não podem tais agentes, tampouco, ser enquadrados como servidores públicos estatutários típicos, pois não têm cargo público, embora estejam vinculados à administração pública por um regime funcional de direito público, de natureza jurídico-administrativa. Podemos dizer que os agentes públicos contratados por tempo determinado exercem função pública remunerada temporária, tendo vínculo funcional de caráter jurídico-administrativo, e não trabalhista, com a administração pública. Não obstante tenham um contrato com a administração pública, trata-se de um contrato de direito público, e não do "contrato de trabalho" que gera relação de emprego, previsto na CLT. Por não estarem os agentes públicos temporários contratados com base no inciso IX do art. 37 da Constituição sujeitos a regime trabalhista, o Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que as lides entre eles e o poder público contratante não são da competência da Justiça do Trabalho, e sim da Justiça Comum, federal ou estadual, conforme o caso. Por outras palavras, os agentes públicos temporários federais, quanto às causas relacionadas à sua relação funcional com a administração pública federal, têm foro na Justiça Federal; os agentes públicos temporários estaduais e municipais, quanto às demandas atinentes à sua relação funcional com a administração pública do respectivo ente federado, têm foro na Justiça Estadual. Não obstante o fato de não serem os agentes públicos contratados por tempo determinado regidos pela CLT, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se pela aplicabilidade, a eles, dos direitos sociais constitucionais previstos no art. 7.º da Carta de 1988. Veja-se, como exemplo, este excerto da ementa de acórdão da Corte Suprema:61

Servidor temporário. Contrato prorrogado sucessivamente. Gratificação natalina e férias. Percepção. Possibilidade. Precedentes. 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de

que é devida a extensão dos direitos sociais previstos no art. 7.º da Constituição Federal a servidor contratado temporariamente, nos moldes do art. 37, inciso IX, da referida Carta da República, notadamente quando o contrato é sucessivamente renovado.

327

O regime de previdência social a que estão sujeitos os agentes públicos contratados por tempo determinado é o regime geral (RGPS), aplicável a todos os trabalhadores civis, com exceção dos ocupantes de cargos públicos efetivos. Na esfera federal, a contratação por prazo determinado encontra-se disciplinada na Lei 8.745/1993, bastante alterada por diversas leis posteriores. O âmbito de aplicação dessa lei restringe-se aos órgãos da administração direta federal, às autarquias e às fundações públicas federais. A Lei 8.745/1993 estabelece, como determina a Constituição, as situações que podem ser consideradas como necessidade temporária de excepcional interesse público, aptas a ensejar a contratação de pessoal por tempo determinado. Não poderia ser deixado o estabelecimento dessas situações a critério do administrador, pois se estaria frustrando o dispositivo constitucional. A contratação temporária na esfera federal não é feita mediante concurso público, mas sim por meio de processo seletivo simplificado sujeito a ampla divulgação, inclusive no Diário Oficial da União. É dispensado processo seletivo nas hipóteses de contratação para atender às necessidades decorrentes de calamidade pública, de emergência ambiental e de emergências em saúde pública-(art. 3.0, § 1.º). Em alguns casos, como no de contratação de professor visitante, nacional ou estrangeiro, e no de contratação de pesquisador, nacional ou estrangeiro, para projeto de pesquisa com prazo determinado, em instituição destinada à pesquisa, a Lei 8.745/1993 faculta a seleção baseada somente em análise de currículo que demonstre notória capacidade técnica ou científica do profissional (art. 3.0, § 2.0). Os prazos máximos de duração dos contratos, incluídas as prorrogações (quando cabíveis), são estabelecidos no art. 4.0 da Lei 8.745/1993, de acordo com a hipótese de contratação. A fixação desses prazos máximos visa a impedir que se perpetuem as contratações (por exemplo, mediante prorrogações sucessivas e ilimitadas), com burla à exigência de ingresso no serviço público mediante concurso público - que é a regra geral - e afronta a outros princípios constitucionais administrativos, tais quais os da moralidade e da impessoalidade.

A extinção do contrato temporário pode ocorrer a pedido do contratado ou, de pleno direito, pelo simples término do prazo determinado. Nessas duas hipóteses não assiste ao contratado qualquer direito a indenização. Pode, ainda, o contrato ser extinto por

iniciativa do órgão ou entidade contratante, decorrente de conveniência administrativa. Neste caso, o contratado fará jus a indenização correspondente à metade do que lhe caberia referente ao restante do contrato (por exemplo, se a remuneração era de R\$ 4.000,00 por mês e o contrato é extinto pela administração cinco meses antes do término originalmente previsto, o contratado terá direito a uma indenização de R\$ 10.000,00). O Supremo Tribunal Federal reiteradamente tem asseverado que o inciso IX do art. 37 da Constituição deve ser interpretado restritivamente, porque configura exceção à regra geral - corolário do princípio republicano - de que o concurso público é o meio idôneo de ingresso no serviço público. Pacífico é o entendimento de nossa Corte Suprema segundo o qual não é válida a utilização da contratação temporária de que trata o inciso IX do art. 37 para funções meramente burocráticas, por não se caracterizar, nesse caso, o "excepcional interesse público" exigido pelo texto constitucional. Controvérsia de monta houve quanto à possibilidade de a lei autorizar a contratação temporária de agentes para atividades que, embora não sejam meramente burocráticas, configurem funções permanentes e ordinárias do órgão ou entidade contratante. Depois de proferir decisões nos dois sentidos - (a) exigindo que a própria função a ser desempenhada tivesse que ser temporária, não bastando que a necessidade fosse passageira; e (b) admitindo a contratação temporária para atividades permanentes e ordinárias do órgão ou entidade, desde que a necessidade seja temporária e excepcional, conforme prévia especificação legal -, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a natureza da função, por si só, não determina a constitucionalidade, ou não, da lei que preveja a contratação temporária. Até mesmo funções de natureza permanente podem admitir contratação com base no inciso IX do art. 37 da Constituição de 1988, desde que justificada por situação fática excepcional, detalhadamente descrita em lei anterior à contratação (nunca se admite contratação temporária com fundamento em leis que contenham hipóteses genéricas, vagas, indefinidas). Vale repetir: a regra é a impossibilidade de contratação temporária para o exercício de atividades ordinárias e permanentes do órgão ou entidade, mas essa vedação não é absoluta, ela poderá ceder, em casos realmente excepcionais e transitórios (emergências, epidemias, calamidades), desde que previamente especificados em lei. Transcrevemos exce110 da ementa do acórdão em que nossa Corte Suprema assentou essa orientação (grifamos):64

2. Prevalência da regra da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, inciso II, CF).

As regras que restringem o cumprimento desse dispositivo estão previstas na Constituição Federal e devem ser interpretadas restritivamente. 3. O conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração.

A leitura do inteiro teor do acórdão permite constatar que não foi estabelecida uma vedação absoluta à contratação temporária "para os serviços ordinários permanentes do Estado", mas foi enfatizado que não se pode admitir que a administração pública, por má gestão, deixe serviços permanentes ou essenciais ficarem à míngua de recursos materiais e humanos durante anos para, então, alegar premente interesse público e, assim, com base em uma lei genérica, contratar pessoal para atividades ordinárias e regulares sob o pretexto de "necessidade excepcional". Para ser legítima, a necessidade deve decorrer de situações fáticas, previamente descritas na lei, realmente excepcionais e transitórias, e não ocasionadas por incúria administrativa.

1.2. Direito de associação sindical dos servidores públicos

O inciso VI do art. 37 da Constituição de 1988 garante ao servidor público o direito à livre associação sindical, nos mesmos moldes em que é assegurado esse direito aos trabalhadores em geral, pelo art. 8.º da Carta

" RE 658.026/MG (repercussão geral), rei. Min. Dias Toffoli, 09.04.2014 (vide Infonnatlv 742 do STF). No mesmo sentido, porém afirmando de forma mais explícita que a natureza permanente da atividade pública não afasta, por si só, a possibilidade de a lei autorizar a contratação temporária prevista no inciso IX do art. 37 da Carta Polftica: ADI 3.247/MA, rei. Min. Cármen Lúcia, 26.03.2014 (vide Informativo 740 do STF).

330 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marcelo Alexandrino & Virenta Paulo

Política. A nonna do art. 37, VI, é autoaplicável, diferentemente, como veremos, da que trata do direito de greve dos servidores públicos. É relevante observar que existe

disposição diametralmente oposta endereçada aos militares: a eles são vedadas a sindicalização e a greve, proibição vazada em nonna constitucional autoaplicável (rut. 142, § 3.0, IV), que não comporta qualquer exceção. Outra anotação importante diz respeito ao direito de negociação coletiva e ao ajuizamento de ações coletivas perante a Justiça do Trabalho, que se encontravam assegurados pelas alíneas "d" e "e" do art. 240 da Lei 8.112/1990. Ambas as alíneas, atualmente revogadas pelo art. 18 da Lei 9.527/1997, foram declaradas inconstitucionais pelo STF no julgamento da ADI 492/DF, de 12.03.1993. É firme a jurisprudência de nossa Corte Suprema segundo a qual as lides entre servidores públicos federais e a administração pública federal são de competência da Justiça Federal. Ademais, entende o Supremo Tribunal Federal que a negociação coletiva é incompatível com o regime jurídico estatutário, orientação que deu origem à sua Sumula 679, com este enunciado:

679 - A fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva.

1.3. Direito de greve dos servidores públicos

O inciso VII do art. 37 da Constituição de 1988 concede aos servidores públicos o direito de greve. A norma insere-se na categoria das normas constitucionais de eficácia limitada, segundo a já consagrada classificação de José Afonso da Silva. É oportuno observar que o direito de greve do trabalhador da iniciativa privada está assegurado no art. 9.º da Carta da República, que é uma norma auto exercitável, embora passível de ulterior restrição pelo legislador ordinário (exemplo típico de norma de eficácia contida, segundo a classificação de José Afonso da Silva). Convém transcrever os dispositivos, para que se perceba a diferença entre o .. art. 9.º, repita-se, aplicável aos trabalhadores da iniciativa privada, e o art. 7.ºii. inciso VII, dirigido aos servidores públicos estatutários: $\text{Art. 9.º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1.º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.}$

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS

§ 2.0 Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei. (...) Art. 37. (...) (...) VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; ·

Conforme se constata, o direito de greve do servidor público não pode ser considerado automaticamente exercitável com a simples promulgação da Constituição de 1988. É necessária a edição de lei ordinária específica que estabeleça os termos e limites do exercício do direito de greve do servidor público (no texto originário da Constituição era exigida lei complementar, ponto que foi modificado pela EC 19/1998). A lei regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos, requerida pela Carta da República, até hoje não foi editada. É relevante registrar que, em face da desabrida inércia de nosso legislador, o Supremo Tribunal Federal, atribuindo à sua decisão no julgamento de três mandados de injunção a eficácia propugnada pela denominada posição concretista geral, determinou a aplicação temporária ao setor público, no que couber, da lei de greve vigente no setor privado (Lei 7.783/1989), até que o Congresso Nacional edite a mencionada lei regulamentadora. Vale anotar que, consoante já se posicionou a Corte Suprema, são incompatíveis com a Carta de 1988 disposições normativas que estabeleçam sanções administrativas diferenciadas para o servidor que esteja em estágio probatório, pelo simples fato de ele haver aderido a uma greve. Entende o STF que não existe, na Constituição Federal, base para que se faça distinção entre servidores em estágio probatório e os demais, em função de participação em movimentos grevistas. E que tal discriminação viola, ainda, em um plano mais genérico, o princípio da isonomia. Sob esses fundamentos, foi declarado inconstitucional decreto do Estado de Alagoas que determinava a imediata exoneração de servidor público que estivesse em estágio probatório, caso ficasse comprovado que ele havia paralisado o exercício do seu cargo a título de greve. Por outro lado, algumas decisões de nosso Tribunal Maior reconheceram à administração pública o direito de descontar, por ato próprio, a remuneração de seus servidores correspondente aos dias em que eles tenham feito greve. Em tais oportunidades, o STF entendeu que seria aplicável à greve no serviço 115 MI 670 e 708, rei. Mln. Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI 712, rei. Mln. Eros Grau, 25.10.2007. e a ADI 3.235/AL, red. p/ o acórdão Mln. Gilmar Mendes, 04.02.2010.

332 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marcelo Alexandrino & Vicente Paulo

público o art. 7.º da Lei 7.783/1989, segundo o qual a adesão do trabalhador ao movimento acarreta, em princípio, a suspensão do seu contrato de trabalho. Embora servidores públicos estatutários não tenham contrato de trabalho, asseverou o Pretório Excelso que o citado artigo legal deveria ser aplicado para o efeito de determinar, como regra geral, o desconto da remuneração dos dias não trabalhados pelos servidores

grevistas, procedimento passível de ser levado a cabo pela própria administração. É importante enfatizar, todavia, que esse assunto ainda não está pacificado no âmbito do STF. Somente poderemos falar em jurisprudência sedimentada sobre a matéria quando for julgado o RE 693.456/RJ, rel. Min. Dias Toffoli, no qual foi reconhecida a repercussão geral da questão constitucional suscitada (16.03.2012) - ainda sem julgamento de mérito até o fechamento desta edição. Quanto à abrangência do art. 37, inciso VII, entendemos que a restrição ao direito de greve dele constante não se aplica aos empregados públicos. O direito de greve do empregado público (celetista), segundo pensamos, é regido pelas disposições do art. 9.º da Constituição. Isso porque a restrição constante do art. 37, inciso VII, é justificada pelo regime de direito público a que se submetem os servidores públicos estatutários. Os empregados públicos, sendo regidos predominantemente pelo direito privado, sujeitam-se às regras gerais aplicáveis aos trabalhadores em geral. Derrogações ao regime jurídico de natureza privada dos empregados públicos não se presumem; elas devem estar absolutamente explícitas no texto constitucional (como ocorre, por exemplo, quanto às regras constitucionais acerca da proibição de acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas, vazadas nos incisos XVI e XVII do art. 37). Por fim, convém repisar que o direito de greve é vedado aos militares, sem nenhuma exceção, nos termos do art. 142, § 3.º, inciso IV, da Carta de 1988. Ademais, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência estendendo aos membros das polícias civis a proibição à greve. Deveras, em mais de um julgado, restou averbado que policiais civis, muito embora, como é óbvio, não sejam militares, nem estejam sob a regência do art. 142 da Constituição da República, são equiparados aos militares, quanto à vedação à realização de greves.⁶⁸ Sintetiza tal entendimento - aplicável aos policiais em geral - este excerto da ementa -de acórdão prolatado pelo Plenário de nossa Suprema Corte:⁶⁹ ♦ Rcl-MC 6.200/RN, rei. Min. Cezar Peluso, 29.01.2009; RE 539.042/DF, rei. Min. Ricardo Lewandowski, 01.02.2010; RE 456.530/SC, rei. Min. Joaquim Barbosa, 13.05.2010; AI 799.041/MG, rei. Min. Ricardo Lewandowski, 18.05.2010. 511 Rei 6.568/SP, rei. Min. Eros Grau, 21.05.2009; AC 3.034/DF, rei. Ministro Cezar Peluso, 16.11.2011. •• MI-AgR 774/DF, rei. Min. Gilmar Mendes, 28.05.2014.

As atividades exercidas por policiais civis constituem serviços públicos essenciais desenvolvidos por grupos armados, consideradas, para esse efeito, análogas às dos militares. Ausência de direito subjetivo à greve.

1.4. Disposições constitucionais pertinentes à remuneração dos agentes públicos

1.4.1. Fixação da remuneração e revisão geral anual

Estabelece o inciso X do art. 37 da Constituição, com a redação dada pela EC 19/1998: X -a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4.º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;

A mais importante alteração trazida a esse dispositivo pela EC 19/1998 foi a exigência de lei específica para que se fixe ou altere a remuneração (em sentido amplo) dos servidores públicos. Isso quer dizer que cada alteração de remuneração de qualquer cargo público deverá ser feita por meio da edição de uma lei ordinária que somente trate desse assunto (a mesma lei pode cuidar da remuneração de um ou de mais de um cargo, ou ainda de todos os cargos do respectivo ente federado, como ocorre nos casos da revisão geral anual exigida pelo dispositivo constitucional ora em foco). Faz-se necessário esclarecer que o denominado "subs(dio)", a que o texto do inciso X do art. 37 alude, é uma espécie remuneratória introduzida em nosso ordenamento pela EC 19/ 1998, obrigatória para determinados cargos e facultativa para outros, conforme será estudado à frente, em tópico separado. Nos termos do § 4.º do art. 39 da Constituição, o subsídio deve ser "fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba d(representação ou outra espécie remuneratória". O subsídio é espécie do gênero "remuneração" (em sentido amplo). Antes mesmo da Emenda 19/1998, o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados, já havia estabelecido a impossibilidade de a fixação da remuneração dos servidores públicos submetidos ao regime estatutário ser objeto de negociação coletiva. Tal orientação consta da Súmula 679 do STF, nestes termos: "A fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva".

Embora a redação do inciso X do art. 37 não tenha usado o vocábulo "vencimentos", convém anotar que este é frequentemente adotado para indicar a remuneração dos servidores estatutários que não recebem subsídio. Os "vencimentos", nessa acepção, também constituem espécie do gênero "remuneração" (em sentido amplo). Eles são compostos pelo vencimento básico do cargo acrescido das vantagens pecuniárias de caráter permanente estabelecidas em lei. Não é raro, quando se esteja versando sobre servidores públicos estatutários, que a palavra "remuneração" seja usada em um sentido estrito, como sinônimo de "vencimentos", conforme aqui definidos (para piorar, é

comum, ainda, o termo "vencimento", no singular, ser usado como sinônimo de "vencimento básico"). Portanto, o enunciado do inciso X do art. 37, ao mencionar "a remuneração dos servidores públicos e o subsídio", está, na verdade, englobando as duas espécies remuneratórias que os servidores públicos estatutários podem perceber (vencimentos e subsídios). Não é alcançado pelo citado dispositivo constitucional o "salário" nome dado ao pagamento de serviços profissionais prestados em uma relação de emprego, sujeita ao regime trabalhista, também chamado "celetista", em referência à CLT - Consolidação das Leis do Trabalho (no âmbito da administração pública, recebem salário os empregados públicos). A iniciativa privativa das leis que fixem ou alterem remunerações e subsídios dependerá do cargo (ou cargos) a que a lei se refira. Uma leitura sistemática da Constituição, atinente às principais hipóteses de iniciativa de leis que tratem de remuneração de cargos públicos, fornece-nos o seguinte quadro:

a) para os cargos da estrutura do Poder Executivo federal, a iniciativa é privativa do Presidente da República (CF, art. 61, § 1.º, II, "a"); b) para os cargos da estrutura da Câmara dos Deputados, a iniciativa é privativa dessa Casa (CF, art. 51, IV); c) para os cargos da estrutura do Senado Federal, a iniciativa é privativa dessa Casa (CF, art. 52, XIII); d) ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça compete privativamente propor ao Poder Legislativo respectivo a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver (CF, art. 48, XV, e art. 96, II, "b").

Vale observar que a fixação do subsídio dos deputados federais, dos senadores, do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado é da competência exclusiva do Congresso Nacional, não sujeita a sanção ou veto do Presidente da República (CF, art. 49, VII e VIII). Ou seja, nesse caso, em decorrência de previsão constitucional específica, a detenninação dos citados subsídios não é feita por lei, e sim por decreto legislativo do Congresso Nacional. O Supremo Tribunal Federal entende que a concessão da "revisão geral anual" a que se refere o inciso X do art. 37 da Constituição deve ser efetivada mediante lei de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo de cada ente federado. Segundo a Corte Maior, essa "revisão geral anual" enquadra-se no disposto no art. 61, § 1.0, II, "a", da Carta Política (iniciativa privativa do Presidente da República que, simetricamente, é de observância obrigatória para os demais integrantes da Federação). Diferente é a situação quando, por exemplo, o Poder Legislativo pretende conceder aumento de remuneração aos servidores de seus respectivos quadros. Nessa

hipótese, a iniciativa será da própria Casa legislativa, porque uma alteração como essa, de abrangência limitada, não configura "revisão geral" de remuneração. O texto abaixo, veiculado no Informativo 468 do STF, ilustra bem tal orientação (grifamos):

O Tribunal conheceu em parte de ação direta ajuizada pelo Presidente da República e, na parte conhecida, julgou improcedente o pedido nela formulado de declaração de inconstitucionalidade das Leis 11.169/2005 e 11.170/2005, de iniciativa, respectivamente, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, que alteraram a remuneração dos servidores dessas Casas Legislativas, majorando-a em 15%. Afastou-se a alegação de ofensa ao art. 61, § 1.º, II, "a", da CF, haja vista não se tratar de normas que pretenderam revisão geral anual de remuneração dos servidores públicos (CF, art. 37, X), mas de normas específicas, daquelas Casas Legislativas, que concederam majoração de remuneração a seus servidores, com base no art. 51, IV, e no art. 52, XIII, ambos da CF, não havendo, assim, que se falar, também, em violação ao princípio da separação de poderes.⁷¹

A parte final do inciso X do art. 37 da Carta Política assegura "revisão geral anual" da remuneração e do subsídio dos "servidores públicos" sempre na mesma data e sem distinção de índices. Em seu texto originário, a Constituição da República utilizava os termos "servidor público civil" e "servidor público militar". A partir da EC 18/1998, deixaram de existir essas expressões no texto constitucional, que passou a se referir aos primeiros (os civis) simplesmente como "servidores públicos" e aos últimos como "militares" (sem a palavra "servidores"). Também em sua redação primitiva, a Constituição Federal de 1988 aludia expressamente à obrigatoriedade de utilização de índices de revisão de remuneração idênticos para servidores públicos civis e para servidores públicos militares (expressões usadas antes da EC 18/1998). No atual inciso X do art. 37, resultado da EC 19/1998, há referência tão somente a "servidores públicos", ou seja, o preceito nele contido não se aplica aos militares (pois estes não se enquadram mais como espécie do gênero "servidores públicos", como acontecia antes da EC 18/1998). Vale repetir: a partir da EC 19/1998, deixou de existir no texto constitucional previsão de que os servidores públicos (civis) e os militares tenham revisão de remuneração na mesma data e com idênticos índices. A periodicidade anual para a revisão geral de remuneração dos servidores públicos foi novidade trazida pela EC 19/1998. Na redação original, o inciso X do art. 37 não fazia menção a periodicidade alguma. A revisão geral anual tem o objetivo, ao menos teoricamente, de recompor o poder de compra da remuneração do servidor, corroído em variável medida pela inflação. Não se trata de

aumento real da remuneração ou do subsídio, mas apenas de um aumento nominal - por isso chamado, às vezes, "aumento impróprio". Deve ficar claro que a revisão geral de remuneração e subsídio mencionada no dispositivo constitucional em exame não se implementa mediante a reestruturação de algumas carreiras. As reestruturações de carreiras não são "anuais" nem "gerais" (pois se limitam a cargos específicos), além de não guardarem ligação lógica, sequer em tese, com a perda de valor relativo da moeda nacional - elas podem implicar, ou não, aumento real da remuneração ou subsídio (quase sempre implicam). Já a revisão geral, diferentemente das reestruturações de carreiras, tem que alcançar todos os servidores públicos estatutários de todos os Poderes do ente federado que a esteja efetuando - e deve ocorrer a cada ano. A Lei 10.331/2001, "que dispõe sobre a revisão geral e anual das remunerações e subsídios dos servidores públicos federais dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, das autarquias e fundações públicas federais", regulamenta, nessa esfera da Federação, o inciso X do art. 37 da Constituição, com a redação que lhe deu a EC 19/1998.

1.4.2. Limites de remuneração dos servidores públicos (teto constitucional)

O inciso XI do art. 37 estabelece a regra conhecida como "teto constitucional", aplicável às remunerações dos servidores públicos, genericamente considerados, bem como aos proventos e pensões correspondentes. Esse inciso foi alterado pela EC 19/1998 e, apenas cinco anos depois, foi novamente modificado com a promulgação da EC 41/2003. É o seguinte o longo texto atual do inciso XI:

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder

Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

O texto original da Constituição previa um teto de remuneração para cada Poder e para cada esfera da Federação. A EC 19/1998 unificou todos os tetos, estabelecendo como limite único o subsídio dos ministros do Supremo Tribunal Federal. A EC 41/2003 novamente modificou o dispositivo em análise, dando a ele o conteúdo hoje em vigor. Atualmente, há um teto geral, que é o subsídio dos ministros do Supremo Tribunal Federal, e outros limites nos estados, Distrito Federal e municípios, cujos valores não podem superar o daquele subsídio. A EC 47/2005, embora não tenha modificado diretamente a redação do inciso XI do art. 37, acrescentou a esse artigo os §§ 11 e 12, com repercussão relevante na aplicação daquele dispositivo. O § 11 do art. 37 determina que não serão computadas na aplicação do teto de remuneração "as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei". O art. 4.º da mesma emenda constitucional cuidou de dar aplicação imediata a esse novo dispositivo, mediante regra de transição, segundo a qual, "enquanto não editada a lei a que se refere o § II do art. 37 da Constituição Federal, não será computada, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do caput do mesmo artigo, qualquer parcela de caráter indenizatório, assim definida pela legislação em vigor na data de publicação da EC 41, de 2003". O segundo acréscimo trazido pela EC 47/2005 relacionado à aplicação do teto constitucional de remuneração consiste no § 12 do art. 37, que faculta "aos Estados e ao Distrito Federal fixar, em seu âmbito, mediante emenda às respectivas Constituições e Lei Orgânica, como limite único, o subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal". Esse limite único, caso adotado, não se aplicará aos subsídios dos deputados estaduais e distritais, nem dos vereadores, pois eles possuem limites próprios previstos em outros dispositivos da Constituição (art. 27, § 2.º; art. 29, VI, "a" a "f", e VII; art. 32, § 3.º). Convém anotar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4.154/MT, esclareceu que é privativa do Chefe do Poder Executivo estadual a iniciativa da emenda à respectiva Constituição cujo escopo seja fixar o limite único de remuneração de que trata o § 12 do art. 37 da Carta Política, ora em tela. Na decisão da referida ação direta, invocou o Pretório Excelso sua orientação, há muito consagrada, segundo a qual toda nonna estadual (ou do Distrito Federal) que verse sobre regime jurídico de servidores públicos deve ter o seu processo legislativo iniciado pelo Governador, em razão da obrigatoriedade de os estados observarem, por simetria, o

disposto no art. 61, § 1.º, II, "c", da Constituição Federal.² As principais observações, que entendemos pertinentes, acerca dos tetos de remuneração previstos no texto constitucional, após a EC 41/2003 e a EC 47/2005, são as seguintes:

a) há um teto geral, correspondente ao subsídio dos ministros do STF, a ser fixado em lei de iniciativa do STF, estando o projeto de lei resultante, como qualquer outro projeto de lei, sujeito à sanção ou veto do Presidente da República. Esse teto não pode ser ultrapassado por nenhum Poder em nenhuma esfera da Federação; b) além do limite geral representado pelo subsídio dos ministros do STF, o texto constitucional estabelece limites para os estados, o DF e os municípios, a saber: (i) nos municípios, o teto é o subsídio percebido pelo Prefeito; (ii) nos estados e no DF há um limite diferenciado por Poder, correspondendo ao subsídio mensal do Governador, para o Poder Executivo, ao subsídio dos deputados estaduais e distritais, no Poder Legislativo, e ao subsídio dos desembargadores do Tribunal de Justiça, no âmbito do Poder Judiciário (esse último limite é também aplicável aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos, embora eles não integrem o Poder Judiciário). Logo, na esfera federal, há somente um limite - o subsídio dos ministros do STF -, ao passo que, nas demais esferas, há, além deste, um outro limite, usualmente chamado subteto estadual, distrital e municipal; c) os estados e o Distrito Federal têm a faculdade de fixar, em seu âmbito, mediante emenda, de iniciativa do Governador, às respectivas Constituições e Lei Orgânica, como limite único, o subsídio mensal dos desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça. O referido limite único não poderá ultrapassar o valor correspondente a 90,25% do subsídio mensal dos ministros do Supremo Tribunal Federal e não se aplicará aos subsídios dos deputados estaduais e distritais, nem dos vereadores (CF, art. 37, § 12); d) os subsídios dos Governadores e dos Prefeitos não podem ser superiores ao subsídio dos ministros do STF, mas nada impede que sejam iguais a este. Com relação aos parlamentares estaduais e distritais, não haveria mesmo, de forma nenhuma, possibilidade de seus subsídios ultrapassarem o dos ministros do STF, uma vez que o art. 27, § 2.º, da Constituição estabelece que o subsídio dos deputados estaduais deve ser de, no máximo, 75% do fixado para os deputados federais (o art. 32, § 3.º, da Constituição manda aplicar aos deputados distritais as mesmas regras pertinentes aos estaduais). Ora, como os deputados federais têm seu subsídio limitado ao dos ministros do STF, os subsídios dos deputados estaduais e distritais jamais poderiam ser superiores ao destes (serão sempre, no mínimo, 25% inferiores); e) os limites incluem todas as espécies remuneratórias e todas as parcelas integrantes do valor total percebido, incluídas as vantagens pessoais ou

quaisquer outras, excetuadas as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei (CF, art. 37, § 11); f) os limites se aplicam à soma de valores recebidos em quaisquer hipóteses de acumulação: seja entre remunerações ou entre subsídios, seja de remuneração com subsídio ou, ainda, de remuneração ou subsídio com proventos, pensões ou qualquer outra espécie remuneratória (CF, art. 37, XI, e art. 40, § 11); g) relativamente ao salário dos empregados públicos das empresas públicas e das sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, os tetos somente se aplicam àquelas que receberem recursos da União, dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral (CF, art. 37, § 9.0).

O STF já teve a oportunidade de asseverar que a determinação, explícita na parte final do inciso XI do art. 37 da Constituição, segundo a qual, no âmbito dos estados (e do DF), os "Procuradores" estão sujeitos ao limite de remuneração aplicável ao Poder Judiciário estadual (apesar de serem servidores do Poder Executivo), vale para todos os procuradores, e não para uma determinada carreira da advocacia pública estadual.

No caso concreto, o Estado de São Paulo pretendia aplicar o limite de remuneração do Poder Judiciário somente para a carreira dos Procuradores do Estado, submetendo outra carreira, a dos Procuradores Autárquicos estaduais, ao teto de remuneração aplicável ao Poder Executivo. Considerou o Pretório Excelso que essa discriminação não encontra respaldo na Constituição da República, uma vez que, no seu art. 37, XI, ao utilizar o termo "Procuradores", ela o faz de forma genérica, desautorizando o estabelecimento de distinções, quanto ao limite de remuneração, entre as diversas carreiras de procuradores eventualmente existentes em determinado estado (ou no DF).⁷³ Por fim, mister é mencionar que o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional o estabelecimento de limites diferentes de remuneração para os magistrados estaduais e federais. Com isso, excluiu do subteto de remuneração - 90,25% do subsídio mensal, em espécie, dos ministros do Supremo Tribunal Federal - os membros da magistratura estadual, inclusive os desembargadores do Tribunal de Justiça. O Pretório Maior, enfatizando o caráter nacional e unitário do Poder Judiciário, entendeu que se estaria violando o princípio da isonomia, pelo estabelecimento, sem nenhuma razão lógico-jurídica que o justifique, de tratamento discriminatório entre magistrados federais e estaduais que desempenham iguais funções e se submetem a um só estatuto de âmbito nacional (LC 35/1979).⁷⁵ Nesse ponto, portanto, as EC 41/2003 e 47/2005 foram consideradas inconstitucionais, por extravasarem os limites do poder constituinte de reforma. Frise-se que o STF só considerou ilegítima a distinção de limites remuneratórios entre os magistrados federais

e estaduais. Vale dizer, o subteto de 90,25% do subsídio mensal, em espécie, dos ministros do Supremo Tribunal Federal, não se aplica aos desembargadores do Tribunal de Justiça, nem aos demais juízes estaduais, mas a esse limite estão sujeitos, sim, os servidores do Poder Judiciário estadual, os membros do Ministério Público estadual e os procuradores e defensores públicos estaduais. Por essa razão, não foi suprimida 73 RE 558.258/SP, rei. Min. Ricardo Lewandowski, 09.11.2010 (vide Infonmativo 608 do STF). 1• ADIMC 3.854/DF, rei. Min; Cezar Peluso, 28.02.2007. 75 Os magistrados têm regra própria para determinação de sua remuneração, cujas diretrizes estão delineadas no Inciso V do art. 93 da Constituição Federal, nestes termos: "Art. 93. Lei complementar, de Iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) V - o subsídio dos Ministros dos Tribunais Superiores corresponderá a noventa e cinco por cento do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal e os subsídios dos demais magistrados serão fixados em lei e escalonados, em nível federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a dez por cento ou inferior a cinco por cento, nem exceder a noventa e cinco por cento do subsídio mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores, obedecido, em qualquer caso, o disposto nos arts. 37, XI, e 39, § 4.º". nenhuma parte das disposições constitucionais relativas às regras de teto de remuneração. O que a Corte Excelsa fez foi dar interpretação conforme à Constituição ao art. 37, inciso XI, e seu § 12, para excluir a submissão dos membros da magistratura estadual ao subteto de remuneração.

1.4.3. Limite aos vencimentos dos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário

Assim dispõe o inciso XII do art. 37 da Constituição:

XII - os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo;

Convém, inicialmente, pontuar que a EC 19/1998 suprimiu do texto constitucional a regra originariamente contida no § 1.º do art. 39, que determinava que a lei assegurasse Isonomia de vencimentos aos servidores que exercessem cargos de atribuições iguais ou semelhantes nos três Poderes. Permaneceu, entretanto, a norma vazada no inciso XII do art. 37, que estabelece o valor dos vencimentos pagos pelo Poder Executivo aos seus servidores como limite ao valor dos vencimentos pagos pelos outros Poderes aos respectivos servidores. É evidente que o comando somente pode se referir a cargos semelhantes nos três Poderes. A regra desse inciso XII tem intuito nitidamente moralizador. Como o Poder Executivo é o principal responsável pela obtenção das

receitas que integrarão o orçamento público geral do respectivo ente federado, os vencimentos por ele pagos devem servir de limite aos vencimentos pagos pelos demais Poderes, a fim de minimizar os riscos de descontrole das despesas. Infelizmente, segundo nos parece, o inciso XII do art. 37 da Constituição da República tem a aplicação prática muito reduzida, em todas as esferas da Federação.

1.4.4. Vedação à vinculação e à equiparação de remunerações

O inciso XIII do art. 37 contém norma que proíbe a criação de vinculações e de equiparações entre as remunerações (em sentido amplo) pagas no serviço público. A regra protege a administração pública e é bastante abrangente: aplica-se a quaisquer cargos, empregos ou funções públicas e a todas as espécies remuneratórias (antes da EC 19/1998 o texto aludia apenas a "vencimentos"). É o seguinte o teor atual do dispositivo:

XIII - é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público;

Equiparar remunerações significa afirmar em uma lei que um determinado cargo terá remuneração igual à de um outro cargo. Não ocorre equiparação quando uma lei disciplina dois cargos diferentes e estabelece remuneração numericamente igual para um cargo e para o outro, contanto que não determine que as remunerações devam ser iguais, nem crie qualquer fórmula de vinculação automática entre as remunerações. Vinculação é a utilização, pela lei, de índices, fórmulas ou critérios automáticos de reajustamento da remuneração, a exemplo de um determinado índice de inflação, ou do aumento de arrecadação tributária, ou do incremento de receitas orçamentárias etc. Vincular duas remunerações não significa igualá-las numericamente, mas estabelecer mecanismos que impliquem alteração automática da remuneração do cargo vinculado toda vez que ocorra alteração da remuneração do cargo vinculante. O inciso XIII do art. 37 é norma constitucional de eficácia plena, ou seja, é autoaplicável. Portanto, com a promulgação da Constituição de 1988, ficaram automaticamente revogadas todas as leis que estabeleciam equiparações ou vinculações entre vencimentos de cargos ou carreiras, em todas as esferas da Federação. Após a EC 19/1998, estendeu-se a proibição a qualquer espécie remuneratória - vencimentos, subsídios, salários ou outras. Nossa Corte Suprema já considerou inválida lei estadual que vinculava o reajuste dos vencimentos dos servidores públicos do Poder Judiciário local ao incremento da arrecadação do ICMS, invocando, ao lado de outros fundamentos, incompatibilidade com o Inciso XIII do art.

37 da Constituição da República. 76 De outra feita, declarou inconstitucional, também por violar o inciso XIII do art. 37, lei estadual que, literalmente, vinculava a "política salarial" dos respectivos servidores públicos à "política dos funcionários públicos proposta pela União".⁷⁷ Em oportunidade ulterior, rechaçou norma de Constituição estadual que estabelecia vinculação entre os vencimentos dos respectivos servidores públicos integrantes de categorias com habilitação profissional específica e 76 RE 218.874/SC, rei. Min. Eros Grau, 07.11.2007. 77 ADI 64/RO, rei. Min. Cármen Lúcia, 21.11.2007. Na mesma decisão, o STF asseverou que a citada lei estadual desrespeitava também, entre outros, o Inciso X do art. 37 da Carta Política, que estabelece que a remuneração dos servidores públicos somente pode ser fixada ou alterada por lei específica correspondente piso salarial profissional. Vale reproduzir, da ementa do acórdão, esta enfática passagem:

Enquanto a Lei Maior, no inciso XIII do art. 37, veda a vinculação de "quaisquer espécies remuneratórias para efeitos de remuneração de pessoal do serviço público", a Constituição do Estado de Alagoas, diversamente, assegura aos servidores públicos estaduais "piso salarial profissional para as categorias com habilitação profissional específica", o que resulta em vinculação dos vencimentos de determinadas categorias de servidores públicos às variações do piso salarial profissional, importando em sistemática de aumento automático daqueles vencimentos, sem qualquer interferência do chefe do Poder Executivo do Estado, ferindo-se, ainda, o próprio princípio federativo e a autonomia dos estados para fixar os vencimentos de seus servidores (arts. 2.º e 25 da Constituição Federal).

Ainda como exemplo, mencionamos decisão do Pretório Excelso que fulminou, novamente por afronta ao art. 37, XIII, do Texto Magno, lei de determinado estado-membro que estabelecia reajuste periódico automático do vencimento básico dos seus servidores públicos em percentual igual ao da variação acumulada do Índice de Preços ao Consumidor (IPC).⁷⁹ Cabe registrar, aliás, que a Súmula 681 do STF é específica quanto a essa matéria, consoante abaixo se lê: 681 -É inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária.

Por fim, deve-se salientar que a norma constitucional em comento dirige-se ao legislador ordinário: é vedada à lei a criação de vinculações e equiparações de espécies remuneratórias no serviço público. Quando a própria Constituição Federal as estabelece, é evidente a sua legitimidade, como ocorre, exemplificativamente: 78 ADI 668/AL, rei.

Min. Dias Toffoli, 19.02.2014. No mesmo sentido: ADI 290/SC, rei. Min. Dias Toffoli, 19.02.2014 (vide Informativo 736 do STF). " ADI 285/RO, rei. Min. Cármen Lúcia, 04.02.2010. A notícia desse julgado veiculada no Informativo 573 do STF textualmente afirma que "o reajuste automático de vencimentos de servidores públicos, tomando-se como base a variação de índices de atualização monetária, desrespeita a autonomia dos Estados-membros e a vedação constitucional de vinculação, para efeito de remuneração de servidores públicos, nos termos dos artigos 25 e 37, XIII, da CF".

a) na equiparação dos Ministros do Tribunal de Contas da União aos Ministros do STJ (CF, art. 73, § 3.º); b) na vinculação entre os subsídios dos Ministros do STF, dos Tribunais Superiores e dos demais membros da Magistratura (CF, art. 93, V).

1.4.5. Vedação à incidência cumulativa de acréscimos pecuniários

O inciso XIV do art. 37 da Constituição proíbe que gratificações, adicionais e outras vantagens pecuniárias quaisquer, não importa o nome ou o fundamento, incidam uns sobre outros, cumulando-se. Vale dizer, o dispositivo veda o chamado "repique", ou incidência "em cascata" de acréscimos pecuniários integrantes das remunerações dos servidores públicos. É a seguinte a sua redação atual, dada pela EC 19/1998:

XIV -os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores;

A nosso ver, a redação poderia ter sido mais clara, simplesmente estabelecendo, sem deixar margem a exceções, que todo acréscimo pecuniário componente da remuneração dos servidores públicos deve incidir exclusivamente sobre o vencimento básico, sendo proibida a inclusão de qualquer adicional na base de cálculo de outro. Essa é, evidentemente, a interpretação do inciso XIV do art. 37 que se mostra consentânea com a moralidade administrativa e com a indisponibilidade da coisa pública. Para ilustrar a aplicação do preceito em questão, tomemos o caso de um servidor que perceba vencimento básico de R\$ 2.000,00 e passe a exercer determinada função de chefia, pela qual faça jus a uma gratificação de R\$ 800,00. Imaginemos que seja editada uma lei que institua um "adicional de atividade administrativa" a ser pago a todos os servidores ocupantes desse cargo em um percentual fixo de 35%. Segundo a interpretação do inciso XIV do art. 37 que consideramos correta, o novo adicional - e outros quaisquer a que o servidor porventura venha a ter direito - deverá incidir exclusivamente sobre o vencimento básico (R\$ 2.000,00), e não sobre este acumulado com a gratificação (R\$

2.800,00). O valor do "adicional de atividade administrativa" resultará, portanto, em R\$ 700,00 - e esse valor não muda em função de outros adicionais, gratificações ou vantagens pecuniárias que o servidor receba ou venha a receber. Desse modo, a remuneração do nosso servidor hipotético será de R\$ 3.500,00. É pertinente notar que, se tivéssemos "repique", ou incidência "em cascata" - exatamente o que proíbe o inciso XIV do art. 37 -, o adicional seria calculado sobre R\$ 2.800,00 e, com isso, o valor final da remuneração seria bem maior: R\$ 3.780,00.

Interessa saber que, antes da EC 19/1998, o inciso XIV do art. 37 proibía tão somente que os acréscimos fossem computados ou acumulados para concessão de acréscimos ulteriores "sob o mesmo título ou idêntico fundamento". Com base nessa redação originária, o Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, considerou legítima a incidência de um adicional sobre outro, desde que tivessem fundamentos diferentes. Veja-se, por todas, a seguinte decisão:80

Vantagens funcionais em "cascata": vedação constitucional que, conforme o primitivo art. 37, XIV, da Constituição (hoje alterado pela EC 19/98), só alcançava as vantagens concedidas "sob o mesmo título ou idêntico fundamento": não incidência, ao tempo, da proibição no caso concreto: diversidade do título de concessão, no Estado do Ceará, da "parcela incorporada pelo exercício do cargo em comissão" e da "parcela horizontal por tempo de serviço", o que permitia a inclusão da primeira na base de cálculo da última.

Não obstante, o Pretório Excelso já decidiu, com repercussão geral, que a alteração do inciso XIV do art. 37 operada pela EC 19/1998 tem eficácia plena. Em consequência da aplicação imediata da nova redação dada a esse dispositivo constitucional, restaram não recepcionadas todas as leis, de qualquer ente federado, anteriores à EC 19/1998, que estabeleciam incidência cumulativa de adicionais ou gratificações, ainda que pagos sob fundamentos diferentes. Também, a partir da EC 19/1998, passou a estar constitucionalmente obstada a edição de quaisquer leis que pretendam incluir, na base de cálculo de acréscimos pecuniários percebidos pelo servidor, gratificações e adicionais ulteriores, sejam idênticos ou não a denominação e os fundamentos. Cumpre observar que não há, na ementa do referido acórdão, tampouco no voto condutor, explicitação cabal de que o inciso XIV do art. 37, com a redação que lhe deu a EC 19/1998, imponha sempre e sem exceção alguma que gratificações, adicionais e outros acréscimos pecuniários incidam exclusivamente sobre o vencimento básico. Não obstante, a leitura do inteiro teor do acórdão, incluídos os debates havidos entre os julgadores, permite concluir que é realmente essa a interpretação que, afinal, foi perfilhada pela Corte Suprema.

7.4.6. Irredutibilidade dos vencimentos e subsídios

O inciso XV do art. 37 da Constituição estabelece a regra de irredutibilidade dos vencimentos de servidores públicos, há muito consagrada em nosso ordenamento jurídico. É o seguinte o seu texto atual: XV - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4.º, 150, II, 153, III, e 153, § 2.º, I; O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o preceito em foco se aplica não só aos cargos efetivos, mas também aos cargos em comissão. Pensamos que esse ponto realmente não deveria ensejar controvérsia significativa, uma vez que o texto do dispositivo se refere, sem fazer qualquer distinção, a "cargos públicos", expressão que evidentemente inclui os cargos efetivos e os cargos de provimento em comissão. O problema que consideramos relevante é a menção a "vencimentos" de empregos públicos. Ora, empregado público (regime contratual) faz jus a salário, e os salários possuem regra própria, constante do art. 7.º, inciso VI, da Constituição, que, apesar de assegurar a irredutibilidade, ressalva o disposto em convenção ou acordo coletivo. Nossa opinião - embora reconheçamos não ser possível identificar uma orientação majoritária na doutrina ou na jurisprudência - é que os salários dos empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista estão sujeitos ao art. 7.º, inciso VI, da Constituição, ao passo que os salários dos empregados públicos de administrações diretas, autarquias e fundações públicas (quando nelas houver empregados públicos) estão sujeitos ao art. 37, inciso XV, da Carta Política. A diferença fundamental, não é demasiado reiterar, concerne à admissibilidade de que venha a ser estipulada em convenção ou acordo coletivo redução do salário do empregado público. Há essa previsão no art. 7.º, inciso VI, da Constituição, mas não no art. 37, inciso XV. É pacífica a posição da Corte Suprema quanto à inexistência de direito adquirido à forma como são calculados os vencimentos dos servidores públicos, pois isso implicaria reconhecer direito adquirido a regime jurídico, possibilidade há tempo rechaçada pela sua jurisprudência. O que a irredutibilidade assegura é a manutenção do valor final dos vencimentos, sem decesso algum, ainda que mudem as parcelas componentes, a forma pela qual esse valor final é alcançado. Consoante este preciso excerto de acórdão do STF sobre o tema, "pode a fórmula de composição da remuneração do servidor público ser alterada, desde que preservado o seu montante total". Em razão dessa orientação, nada impede que uma lei modifique por completo a composição remuneratória de um cargo

público, extinguindo ou reduzindo gratificações e adicionais, ou alterando a maneira de calculá-los, desde que o valor final da remuneração seja preservado. Por exemplo, uma remuneração integrada por vencimento básico de R\$ 2.000,00, um adicional "X" de 200/o sobre o vencimento e um adicional "Y" de 30% sobre o vencimento (total de R\$ 3.000,00) pode ser alterada por lei, sem qualquer inconstitucionalidade, passando, por hipótese, à seguinte composição: vencimento básico de R\$ 2.600,00, extinção do adicional "X" e alteração do adicional "Y", que deixa de ser um percentual calculado sobre o vencimento e passa a ter o valor fixo de R\$ 400,00. Note-se que o valor final da remuneração permanece em R\$ 3.000,00, o que é suficiente para que se considere respeitada a irredutibilidade, não obstante tenha havido supressão de um adicional e modificação no valor (redução) e na forma de cálculo de outro. Também é digna de menção - por conjugar o entendimento de que não há direito adquirido a regime jurídico e a norma de irredutibilidade de vencimentos - a posição jurisprudencial, consolidada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual pode a legislação de um ente federado, validamente, aumentar o número de horas da jornada de trabalho de determinada categoria de servidores públicos, mas deverá, nessa hipótese, elevar proporcionalmente a respectiva remuneração. Se a legislação pretender aumentar a carga horária de servidores sem o aumento proporcional da remuneração, será inconstitucional, por violação à garantia da irredutibilidade de vencimentos e subsídios averbada no inciso XV do art. 37 da Constituição da República. Vem a propósito registrar, ainda, que o Plenário de nosso Tribunal Maior considerou incompatível com os princípios constitucionais da presunção de inocência (art. 5.º, LVII) e da irredutibilidade de vencimentos e subsídios (art. 37, XV) norma constante de lei estadual que previa desconto a remuneração de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal relativo a suposto cometimento de crime funcional - não eliminando esses vícios o fato de estar prevista na lei a devolução das diferenças, no caso de absolvição. Esse precedente, ademais, foi invocado em decisão na qual a Primeira Turma do STF considerou inválidos descontos efetuados na remuneração de servidor motivados por ausências ao serviço em razão de encontrar-se ele preso preventivamente. Deixou-se então consignado que o "referido desconto também se afigura ilegal em vista das referidas faltas ao serviço decorrentes da prisão cautelar, pois atenta contra o princípio da irredutibilidade dos vencimentos do servidor público". De outra banda, é incontroverso que a garantia da irredutibilidade insculpida no inciso XV do art. 37 não impede a criação ou a majoração de tributos incidentes sobre os vencimentos ou os subsídios, ou sobre os correspondentes proventos

de aposentadoria ou de pensão. 88 É interessante pontuar que o dispositivo constitucional ora em estudo expressamente autoriza a redução de vencimentos se esta decorrer da aplicação do disposto no inciso XIV do art. 37, o qual, conforme estudado anteriormente, proíbe a incidência cumulativa ("repique" ou incidência "em cascata") de acréscimos pecuniários, tais como gratificações e adicionais, tenham ou não o mesmo nome ou fundamento. O Supremo Tribunal Federal, não obstante, já deixou assente que o postulado da irredutibilidade dos vencimentos deve ser observado mesmo quando a alteração na forma de cálculo da remuneração de servidor público decorra de imposição introduzida por meio de emenda constitucional. Ora, o inciso XIV do art. 37 foi substancialmente modificado pela EC 19/1998, tomando-se mais restritivo. E essa alteração teve aplicabilidade imediata. Assim, o servidor que estivesse recebendo validamente, antes da EC 19/1998; adicionais cumulados uns sobre outros precisou ter a forma de calcular a sua remuneração refeita, para adequar-se à nova regra constitucional. Entretanto, em razão da regra de irredutibilidade de vencimentos, essa mudança na maneira de calcular a remuneração não pôde implicar decréscimo no valor total a receber, fazendo jus o servidor a uma complementação vantagem pessoal nominalmente identificada (VPNI) -suficiente para impedir o decesso remuneratório.' Ainda examinando' a literalidade do inciso XV do art. 37, constata-se que nele está dito que a irredutibilidade de vencimentos e subsídios é ressalvada pela regra do teto constitucional de remuneração, contida no inciso XI do art. 37 nele discriminadas todas as verbas de natureza remuneratória percebidas pelos servidores públicos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, ainda que adquiridas de acordo com regime legal anterior". Para nossa Corte Constitucional, a exigência de imediata adequação de todas as verbas de natureza remuneratória ao teto constitucional estabelecido pela EC 41/2003 não representa violação à norma de irredutibilidade de vencimentos e subsídios prevista no inciso XV do art. 37 da Carta Política, porquanto é possível extrair de nosso sistema constitucional, globalmente considerado, que a garantia da irredutibilidade não ampara a percepção de verbas remuneratórias que desbordem do teto de retribuição. É importante alertar que, apesar de ter definido essa questão específica, o STF não enfrentou a controvérsia, até hoje pendente de pacificação, acerca da possibilidade de uma emenda à Constituição prejudicar direito adquirido. Cumpre repetir: o entendimento de que o teto de remuneração fixado pela EC 41/2003 deve-se aplicar imediatamente a todas as verbas de natureza remuneratória dele extravasantes, inclusive às percebidas licitamente por força de leis anteriores a essa emenda, não significa, de forma nenhuma, que o STF tenha

decidido que emendas à Constituição prevalecem sobre a garantia do direito adquirido. Por último, cumpre frisar que a jurisprudência de nossa Alta Corte considera que a irredutibilidade refere-se ao valor nominal dos vencimentos. Não decorre do inciso XV do art. 37, portanto, direito a reajustamento de remuneração de servidores em decorrência de perda de poder aquisitivo da moeda. Dessa forma, não importam os índices de inflação; desde que mantido inalterado o valor numérico dos vencimentos ou subsídios, respeitado estará o princípio da irredutibilidade. Em poucas palavras: inexistente garantia de irredutibilidade do valor real de vencimentos e subsídios.

1.5. Administração tributária

O texto vigente da Constituição Federal traz duas regras específicas acerca da administração tributária. A primeira delas, obra do constituinte originário, não alterada pela EC 19/1998, estabelece que "a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei" (CF, art. 37, XVIII).

Nesse dispositivo, o constituinte explicita a importância da administração fazendária, e dos seus servidores fiscais, para a administração e para o Estado em geral, uma vez que é por meio da atuação daqueles que são arrecadados os recursos indispensáveis ao custeio das atividades deste. Embora seja um inciso dependente de regulamentação pelo legislador ordinário, da regra nele insculpida decorre que nenhum setor da administração poderá obstar ou dificultar o desempenho das funções dos servidores fiscais fazendários. Exemplificando, se a fiscalização sanitária houver interditado um depósito por entender que contenha alimentos sem condições para consumo, mas a administração fazendária necessitar entrar no estabelecimento para averiguar a procedência dos alimentos, sob suspeita de entrada irregular no País, não poderá a fiscalização sanitária obstar o trabalho da fiscalização fazendária. Entretanto, a forma como será respeitada essa precedência deverá estar determinada em lei, uma vez que a norma constitucional não é autoaplicável. A segunda disposição acerca da atuação da administração tributária é muito mais incisiva, e seus efeitos são sobremaneira relevantes. Trata-se do inciso XXII do art. 37 da Constituição, incluído pela EC 42/2003, cuja redação é a seguinte:

XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores

de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.

As seguintes anotações podem ser feitas:

a) as atividades da administração tributária são definidas como exclusivas de Estado ("essenciais ao funcionamento do Estado"). Em nossa opinião, isso elimina qualquer dúvida quanto à incidência, relativamente aos servidores que as exerçam, do disposto no art. 247 da Constituição. Pensamos, também, embora quanto a isso não exista consenso, que tais servidores devem ser, obrigatoriamente, estatutários. Parece-nos que, ao falar em "servidores de carreiras específicas", o constituinte derivado reforçou grandemente esse entendimento; "Art. 247. As leis previstas no inciso III do § 1.º do art. 41 e no § 7.º do art. 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado. Parágrafo único. Na hipótese de insuficiência de desempenho, a perda do cargo somente ocorrerá mediante processo administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa."

b) as administrações tributárias terão recursos prioritários para a realização de suas atividades. Essa regra é significativamente reforçada pela alteração introduzida pela mesma EC 42/2003 ao art. 167, IV, da Constituição. Esse inciso IV do art. 167 estabelece a regra geral segundo a qual é vedada a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa e, em seu próprio texto, enumera as poucas exceções existentes. Pois bem, a partir da EC 42/2003, passou a constar expressamente do art. 167, IV, a autorização para vinculação de receita de impostos às atividades da administração tributária, possibilitando que se assegure, efetivamente, a prioridade de recursos prevista no inciso XXII do art. 37, ora em foco; c) as administrações tributárias da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio. Observe-se que essa parte do dispositivo menciona não só a permuta entre os fiscos de informações cadastrais, mas, também - e isso é o mais importante -, de informações protegidas por sigilo fiscal ("informações fiscais"). A norma é, ademais, imperativa ("atuação de forma integrada"), impondo um verdadeiro poder-dever aos fiscos das diversas pessoas políticas, e não uma mera faculdade. Norma semelhante existe, há muito, em nosso Código Tributário Nacional, em seu art. 199,93 abrangendo, igualmente, a permuta, entre os fiscos, de informações protegidas por sigilo fiscal, conforme previsto em lei ou convênio. A

vantagem de arvorá-la em preceito constitucional está em reforçar sua legitimidade e inibir eventuais decisões judiciais contrárias a essa troca de informações.

1.6. Vedação à acumulação de cargos, funções e empregos públicos.

Os incisos XVI e XVII do art. 37 da Constituição estabelecem a regra geral de vedação à acumulação remunerada de cargos, funções e empregos públicos. Somente nas hipóteses expressamente previstas no próprio texto constitucional - e desde que haja compatibilidade de horários - será lícita a acumulação. É a seguinte a redação dos dispositivos:

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: a) a de dois cargos de professor; b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico; c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

XVII -a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

Devem ser registradas outras hipóteses de acumulação remunerada lícita constantes do texto constitucional, a saber:

a) a permissão de acumulação para os vereadores, prevista no art. 38, III; b) a permissão para os juízes exercerem o magistério, conforme o art. 95, parágrafo único, I; c) a permissão para os membros do Ministério Público exercerem o magistério, estabelecida no art. 128, § 5.º, li, "d"; d) a permissão de acumulação para os profissionais de saúde das Forças Armadas, na forma da lei e com prevalência da atividade militar, nos termos do art. 142, § 3.º, II, III e VIII, com a redação dada pela EC 77/2014.

A proibição de acumular é a mais ampla possível, abrangendo, salvo as exceções constitucionalmente previstas, qualquer agente público remunerado em qualquer poder ou esfera da Federação (por exemplo, um cargo público municipal com um emprego público estadual, ou um cargo público no Executivo estadual com outro no Judiciário do mesmo ou de outro estado, e assim por diante). Ponto de grande importância diz respeito ao tratamento dado à percepção simultânea de remuneração e de proventos de aposentadoria. A EC 20/1998, que implementou a primeira "reforma da previdência", acrescentou o § 10 ao art. 37 da Constituição, com a seguinte redação:

§ 1 O. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

Inicialmente, é digno de nota o fato de que a regra de proibição que esse § 10 do art. 37 estabelece só se aplica aos proventos de aposentadorias dos regimes próprios de previdência dos servidores estatutários e dos militares. Vale dizer, não se enquadram nessa proibição de acumulação de proventos com remuneração de atividade pública os proventos recebidos em decorrência de aposentadoria obtida pelo regime geral de previdência (RGPS), de que trata o art. 201 da Constituição.

Outro aspecto a registrar é a existência de três exceções explicitadas na própria norma de vedação em comento. Deveras, não é vedada a acumulação de proventos de regimes próprios de previdência dos servidores públicos e dos militares com as remunerações de: (a) cargos acumuláveis; (b) cargos em comissão; e (c) cargos eletivos. Observe-se que a remuneração pelo exercício de cargo em comissão ou de cargo eletivo pode ser acumulada com proventos percebidos à conta de regime próprio de previdência, seja qual for o cargo em que o servidor tenha se aposentado. Diferentemente, a remuneração de cargo efetivo só pode ser acumulada com proventos de regime próprio de previdência se o cargo em que o servidor se aposentou for acumulável com aquele cargo efetivo. Exemplificando, se José recebe proventos pelo regime de previdência dos servidores estatutários, decorrentes de aposentadoria em um cargo de dentista, poderá obter aprovação em concurso para outro cargo público de dentista e receber a remuneração desse novo cargo cumulativamente com os proventos da aposentadoria relativa ao seu cargo anterior de dentista. Mas se o referido concurso tivesse sido para o cargo de fiscal de tributos estaduais, seria vedada a percepção da remuneração desse cargo cumulativamente com os proventos da aposentadoria do cargo de dentista. É oportuno anotar que essa norma é complementada pela disposição inserida no § 6.0 do art. 40 da Constituição Federal, segundo a qual é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime próprio de previdência dos servidores públicos estatutários, salvo se os correspondentes cargos fossem acumuláveis. Logo, é permitida, por exemplo, a acumulação de proventos de duas aposentadorias relativas a cargos de professor que tenham sido exercidos pelo servidor em escolas públicas. Mas não é possível a acumulação de proventos de duas aposentadorias obtidas pelo regime próprio de

previdência social se os cargos a elas correspondentes não pudessem ser exercidos acumuladamente. Questão interessante concerne à possibilidade de o aposentado renunciar aos proventos de aposentadoria para poder ingressar em cargo público para o qual tenha prestado concurso. Não existe regra expressa a respeito, mas parece válido, por aplicação do próprio princípio da razoabilidade, o entendimento de que a renúncia, pelo servidor, aos proventos de aposentadoria, afasta a aplicação dos dispositivos que proíbem a percepção simultânea de proventos de aposentadoria e de remuneração de cargo, emprego ou função públicos. Portanto, a renúncia aos proventos descaracterizaria como ilícita a percepção de remuneração de cargo, emprego ou função públicos, uma vez que não estará havendo acumulação remunerada, ou seja, não estará o servidor enquadrado na hipótese do § 10 do art. 37 da Constituição.

Por derradeiro, mister é frisar que qualquer acumulação - de remunerações uma com a outra, entre proventos, ou de remuneração com proventos -, mesmo quando lícita, está expressamente submetida ao teto constitucional estabelecido no inciso XI do art. 37, ou seja, o somatório dos valores correspondentes não poderá ultrapassar os limites previstos nesse dispositivo.

2. DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS CONCERNENTES AOS SERVIDORES EM EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS

O art. 38 da Constituição de 1988 trata especificamente de situações relacionadas à acumulação de cargos e remunerações de servidores públicos das Administrações Diretas, autarquias e fundações públicas, eleitos para o exercício de mandatos nos Poderes Executivo ou Legislativo. As regras encontram-se enumeradas nos 5 incisos do art. 38 e são todas de fácil compreensão, conforme a seguir expomos:

a) o servidor público que seja eleito para qualquer cargo, do Executivo ou do Legislativo, federal, estadual ou distrital (Presidente da República, governador de estado ou do Distrito Federal, senador, deputado federal, deputado estadual ou distrital) será, obrigatoriamente, afastado do seu cargo (efetivo ou em comissão), função ou emprego público. A remuneração percebida será, obrigatoriamente, a do cargo eletivo; b) o servidor público investido no mandato de prefeito será, obrigatoriamente, afastado de seu cargo, emprego ou função pública. Nesse caso, o servidor poderá optar entre a remuneração do cargo de prefeito e a remuneração do cargo, emprego ou função de que foi afastado. Cabe observar que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, essas regras igualmente se aplicam, por analogia, ao servidor público investido no mandato de vice-prefeito; c) o servidor eleito para o cargo de vereador poderá, caso haja

compatibilidade de horários, acumular o exercício da vereança com o de seu cargo, função ou emprego público. Nessa hipótese, o servidor receberá as duas remunerações; a de vereador e a de seu outro cargo, emprego ou função pública, obedecidos, evidentemente, os limites de remuneração fixados no inciso XI do art. 37 da Constituição. Não existindo compatibilidade de horários, o servidor será afastado de seu cargo, exercendo apenas o de vereador; poderá, entretanto, optar entre a remuneração de vereador e a remuneração do cargo, emprego ou função de que foi afastado.

94 RE 140.269/RJ, rei. Min. Néri da Silveira, 01.10.1996; ADI 199/PE, rei. Min. Mauricio Corrêa, 22.04.1998; AI-AgR 451.267/RS, rei. Min. Celso de Meilo, 19.05.2009; ARE-AgR 659.543/RS, rei. Min. Cármen Lúcia, 30.10.2012.

Cap. 7 • SERVIDORES PúSUCOS 355

Finalizando, o art. 38 determina que, nas hipóteses em que seja exigido o afastamento do servidor, seu tempo de exercício no mandato eletivo seja contado como tempo de serviço para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento. O tempo de afastamento é contado, também, para efeito de cálculo de benefício previdenciário do servidor como se ele em efetivo exercício estivesse.

3. DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS ESPECÍFICAS RELATIVAS AOS SERVIDORES PÚBLICOS

Os arts. 39, 40 e 41 da Constituição trazem disposições especificamente aplicáveis aos servidores públicos. Do art. 40 cuidaremos a seguir, pois ele traça as diretrizes fundamentais do regime previdenciário próprio dos servidores públicos estatutários. O art. 39 foi quase completamente alterado pela EC 19/1998. Trataremos, a seguir, dos principais dispositivos e das mais importantes alterações havidas nesse artigo.

3.1. O regime jurídico único e a extinção de sua obrigatoriedade pela EC 19/1998

O caput do art. 39 da Constituição, originariamente, estabelecia a obrigatoriedade de adoção, por parte de cada ente da Federação, de um só regime jurídico aplicável a todos os servidores integrantes de suas administrações direta, autárquica e fundacional (e também tornava obrigatória a instituição de planos de carreira para esses servidores). Portanto, antes da EC 19/1998, cada município, cada estado-membro, o Distrito Federal e a União tinham, teoricamente, a liberdade de estabelecer o regime jurídico a que estariam submetidos os agentes públicos de suas administrações diretas, autarquias e fundações públicas, desde que esse regime jurídico fosse unificado para todos os

servidores desses órgãos e entidades de cada pessoa política. A redação original do art. 39, caput, assim rezava:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

A palavra "servidores" foi usada no dispositivo constitucional acima transcrito em sentido amplo, o que, aliás, é bastante frequente. Em sentido amplo, a expressão "servidor público" abrange tanto os titulares de cargos públicos (regime estatutário) quanto os ocupantes de empregos públicos (regime contratual, trabalhista). Deve-se atentar para o fato de que não há referência ao regime jurídico que deveria ser adotado. Não era, portanto, obrigatória, em tese, a adoção de regime jurídico estatutário (legal, não contratual) para os agentes públicos das administrações diretas, autarquias e fundações públicas dos diversos entes federados. O texto, explicitamente, apenas impõe a unificação de regimes, eliminando a coexistência, na mesma administração, de servidores sujeitos a relações jurídicas diversas quanto a seus vínculos funcionais. Era possível, assim, que determinado ente da Federação optasse por um regime de natureza tipicamente estatutária, ou então pelo regime contratual, trabalhista (celetista), ou até mesmo por um regime misto, que se mostrasse, no seu entendimento, mais adequado ao exercício de atribuições públicas. Em observância à redação originária do caput do art. 39 da Constituição, acima reproduzido, a União editou a Lei 8.112/1990, que instituiu o regime jurídico único (RJU) dos servidores públicos da União (administração direta), das autarquias e das fundações públicas federais. A União optou pela adoção de regime jurídico estatutário, típico de direito público, para disciplinar o vínculo funcional entre seus servidores e os referidos órgãos e entidades administrativos. Por isso, os empregos públicos que antes existiam na administração direta, nas autarquias e nas fundações públicas federais foram transformados em cargos públicos, na data de publicação da Lei 8.112/1990 (art. 243, § 1.º). Entendeu o legislador, com amplo respaldo da doutrina, que o vínculo estatutário é o mais adequado para reger as relações funcionais dos agentes públicos da administração direta, autarquias e fundações públicas federais, uma vez que esses órgãos e entidades não se coadunam com organização tipicamente empresarial, o que resultaria em inconvenientes se fosse adotado vínculo de natureza contratual com seus agentes. Além disso, o poder de polícia e outras prerrogativas públicas fundadas no poder de império do Estado só podem ser exercidos, na maior parte das vezes, por agentes públicos estatutários, porquanto o ordenamento jurídico confere ao regime estatutário

instrumentos que possibilitam a atuação imparcial frente a grupos ou mesmo indivíduos detentores de influência e poder econômico ou político. O regime estatutário é próprio das pessoas de direito público. A nomeação do servidor é um ato unilateral que se destina a efetivar a inserção dele no âmbito de um regime jurídico preexistente, inteiramente estabelecido pela lei. A manifestação de vontade do servidor, na relação jurídica estatutária, só é necessária para a formação do vínculo jurídico-funcional entre ele e a administração pública; essa manifestação de vontade ocorre no momento da posse no cargo para o qual o servidor foi nomeado (na classificação de Léon Duguit dos atos jurídicos, a posse se enquadra como ato-condição). Pois bem, a EC 19/1998 alterou o caput do art. 39 da Constituição com o fito de eliminar a obrigatoriedade de adoção, pelas pessoas políticas, de um regime jurídico unificado para seus agentes atuantes na administração direta, autarquias e fundações públicas (eliminou, também, a referência expressa à obrigatoriedade de instituição de planos de carreira). A redação do caput desse artigo passou a ser a seguinte:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. Pode-se notar que a EC 19/1998 não revogou nem prejudicou as disposições da Lei 8.112/1990 (na esfera federal). Simplesmente, passou a ser possível a existência de agentes públicos sujeitos a mais de um regime jurídico na administração direta, nas autarquias e nas fundações públicas de cada um dos entes da Federação. Em razão de haver a EC 19/1998 criado essa possibilidade, a União editou a Lei 9.962/2000, prevendo a contratação de empregados públicos na administração direta, autárquica e fundacional federal, conforme será exposto adiante, em tópico específico. Sem embargo do que acabamos de expor, é muito relevante registrar que a modificação do caput do art. 39, perpetrada pela EC 19/1998, teve sua eficácia suspensa, pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de agosto de 2007, sob o fundamento de inconstitucionalidade formal (na tramitação da emenda, a Câmara dos Deputados não observou o processo legislativo estabelecido no art. 60, § 2.º, da Constituição, especificamente quanto ao caput do art. 39, que não foi submetido a aprovação em dois turnos). Por essa razão, no julgamento da ADI 2.135/DF, em 02.08.2007, o STF deferiu medida cautelar para suspender a eficácia do art. 39, caput, da Constituição Federal, com a redação da EC 19/1998. Na oportunidade, esclareceu a Corte Suprema, expressamente, que a decisão terá efeitos prospectivos (*ex nunc*), isto é, toda a legislação editada durante a vigência do art. 39, caput, com a redação dada pela EC 19/1998, continua válida. Não obstante, deve ficar

claro que, a partir dessa decisão, voltou a vigorar a redação original do caput do art. 39 da Constituição, que, como visto, exige que sejam admitidos sob um único regime jurídico os agentes públicos da administração direta, autarquias e fundações públicas de cada um dos entes federados.

3.2. O regime de emprego público na administração federal direta, autárquica e fundacional

Com a promulgação da EC 19/1998, foi modificada a redação do caput do art. 39 da Constituição Federal, sendo a principal consequência dessa alteração a extinção da obrigatoriedade de adoção de regime jurídico único, prevista na redação originária do citado dispositivo constitucional, para os agentes da administração direta, das autarquias e das fundações públicas dos diferentes entes federados. Em razão dessa alteração, a União editou a Lei 9.962/2000, disciplinando a contratação de pessoal na administração direta, autarquias e fundações públicas federais pelo regime de emprego público. Cabe lembrar que, a partir do julgamento da ADI 2.135/DF, em 02.08.2007, foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal a redação do caput do art. 39 dada pela EC 19/1998 e foi restaurada a redação original desse dispositivo. Conforme já mencionamos, não obstante o decidido liminarmente na ADI 2.135/DF, permanece válida a Lei 9.962/2000, sendo ela aplicável ao pessoal eventualmente contratado, antes de 02.08.2007, sob regime de emprego público, pela administração direta, autárquica e fundacional federal, porquanto são prospectivos (ex nunc) os efeitos dessa decisão da Corte Suprema. Por essa razão, pensamos ser útil, ainda hoje, conhecermos as linhas gerais da Lei 9.962/2000. Expressamente, estabelece a Lei 9.962/2000 que o pessoal admitido para emprego público na administração direta, autárquica e fundacional federal tem sua relação de trabalho regida pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). A lei excepciona os cargos públicos em comissão, que nunca puderam ser providos segundo suas disposições (sempre foram estatutários). Resguardava, também, os servidores públicos regidos pela Lei 8.112/1990 que já integrassem a administração direta, autarquias e fundações públicas federais na data da publicação das leis que viessem a criar e disciplinar contratações sob regime de emprego público (celetista) nesses órgãos e entidades. O § 1.º do art. 1.º da Lei 9.962/2000 autorizava leis específicas a transformarem cargos existentes na administração direta, autarquias e fundações públicas federais em empregos públicos. A partir da decisão proferida pelo STF na ADI 2.135/DF, em 02.08.2007, não mais podem

ser editadas leis federais transformando cargos em empregos públicos na administração direta, autarquias e fundações públicas federais.

O art. 2.º da Lei 9.962/2000 exigia concurso público de provas ou de provas e títulos prévio à contratação para emprego público, conforme a natureza e a complexidade do emprego. É bem verdade que a lei não poderia, de modo nenhum, dispor diferentemente, já que a Constituição de 1988 sempre exigiu concurso público prévio para a investidura em cargo ou emprego público (art. 37, II). Tanto assim que a contratação de pessoal para as empresas públicas e sociedades de economia mista, embora obrigatoriamente feita pelo regime celetista, sempre teve que ser, e continua sendo, precedida de concurso público. Por fim, as hipóteses de dispensa dos empregados públicos eventualmente contratados com base na Lei 9.962/2000 são mais restritas do que as possibilidades de dispensa dos trabalhadores celetistas em geral. Com efeito, as únicas hipóteses de rescisão unilateral dos contratos de trabalho desses empregados públicos regidos pela Lei 9.962/2000 são as estabelecidas no seu art. 3.º, o qual, deve-se frisar, não prevê possibilidade ampla de dispensa, não autoriza a mera dispensa por conveniência do empregador. É a seguinte a sua redação:

Art. 3.º O contrato de trabalho por prazo indeterminado somente será rescindido por ato unilateral da Administração pública nas seguintes hipóteses: I - prática de falta grave, dentre as enumeradas no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT; II - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; III - necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa, nos termos da lei complementar a que se refere o art. 169 da Constituição Federal; IV - insuficiência de desempenho, apurada em procedimento no qual se assegurem pelo menos um recurso hierárquico dotado de efeito suspensivo, que será apreciado em trinta dias, e o prévio conhecimento dos padrões mínimos exigidos para continuidade da relação de emprego, obrigatoriamente estabelecidos de acordo com as peculiaridades das atividades exercidas. Parágrafo único. Excluem-se da obrigatoriedade dos procedimentos previstos no caput as contratações de pessoal decorrentes da autonomia de gestão de que trata o § 8.º do art. 37 da Constituição Federal.

3.3. Planos de carreira e sistema remuneratório dos servidores públicos

O caput do art. 39 exigia, antes da EC 19/1998, que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios instituíssem planos de carreira para os servidores de suas administrações diretas, autarquias e fundações públicas.

A EC 19/1998 retirou do texto constitucional a exigência expressa de instituição de planos de carreira para os servidores públicos. O caput do art. 39 passou somente a exigir dos entes federados a instituição de conselhos de política de administração e remuneração de pessoal, integrados por servidores designados pelos respectivos poderes. Esses conselhos deveriam participar - embora o texto constitucional não defina de que forma e até que ponto a participação é obrigatória - da definição das políticas relacionadas às carreiras e às remunerações dos servidores públicos. Consoante vimos anteriormente, a partir do julgamento da ADI 2.135/DF, em 02.08.2007, foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal a redação do caput do art. 39 da Constituição dada pela EC 19/1998, e restaurada a redação original desse dispositivo. Sendo assim, hoje, temos novamente a exigência expressa de instituição pelos diversos entes federados de planos de carreira para os servidores de suas respectivas administrações diretas, autarquias e fundações públicas. Convém enfatizar que somente o caput do art. 39 foi objeto da referida decisão da Corte Suprema, sob o fundamento de inconstitucionalidade formal, quai seja, inobservância do processo legislativo estabelecido no art. 60, § 2.º, da Constituição. Todos os demais parágrafos do art. 39 permanecem com a redação que lhes deu a EC 19/1998, sem qualquer ressalva. O vigente § 1.º do art. 39 da Constituição exige que a fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório, pelo legislador de cada ente federado, observe a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira, os requisitos para a investidura e as peculiaridades dos cargos. O atual § 2.º do art. 39, nitidamente inspirado no princípio da eficiência, base da ideia de administração gerencial, exige que cada um dos entes federados mantenha escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos. A participação dos servidores nos cursos de aperfeiçoamento promovidos por tais escolas será um dos requisitos para a promoção na carreira. Poderão ser celebrados convênios ou contratos entre os entes federados, a fim de possibilitar a colaboração mútua e o aproveitamento racional das instituições já existentes ou que venham a ser criadas. Ainda na mesma esteira, o § 7.º do art. 39 prevê que lei de cada ente federado discipline a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e

desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público. Possibilita, ainda, o pagamento de adicionais ou prêmios de produtividade com a utilização desses recursos orçamentários economizados em cada órgão ou entidade.

Trata-se de regra salutar, porquanto possibilita que sejam estimuladas iniciativas internas de redução de despesas e de aumento de produtividade nos diversos órgãos e entidades, diferentemente do que costuma se verificar ordinariamente. De qualquer forma, será necessária a edição de lei, por parte de cada ente federado, que estabeleça o modo como ocorrerão tais incentivos. Observa-se, portanto, que, embora a EC 19/1998 tenha suprimido do caput do art. 39 a expressa menção à obrigatoriedade de criação de planos de carreira, as disposições por ela mesma introduzidas nesse artigo traduzem o nítido intuito de promover a profissionalização e o aperfeiçoamento dos servidores públicos. Da mesma forma, ao tratar de assuntos como padrões de vencimento e promoção na carreira, o texto constitucional deixa clara a necessidade de existência de planos de carreira (sem os quais não faz sentido falar em promoções ou em padrões de vencimento). Seja como for, qualquer dúvida que pudesse existir está superada com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 2.135/DF, em 02.08.2007, porque ela restabeleceu a redação originária do caput do art. 39 da Constituição, voltando a exigência expressa de instituição pelos diversos entes federados de planos de carreira para os servidores de suas respectivas administrações diretas, autarquias e fundações públicas.

Merece um comentário, por fim, o fato de a EC 19/1998 haver suprimido a regra originariamente contida no § 1.º do art. 39, que prescrevia: "a lei assegurará, aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhados do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho". Não temos dúvida de que, mesmo deixando de existir, no texto constitucional, uma regra expressa assecuratória de isonomia de vencimentos para servidores públicos que exerçam funções iguais ou semelhantes em um mesmo ente federado, deve o legislador nortear-se por esse princípio para a fixação de remunerações de agentes públicos. Não só porque o princípio da igualdade é um postulado geral a todos aplicável (art. 5.º, caput e inciso I), mas também em razão de uma gama de normas constitucionais, endereçadas aos servidores públicos, concernentes a direitos, obrigações, responsabilidades, atribuições, requisitos para ingresso no serviço público, entre outros temas a estes conexos. O próprio conteúdo do atual § 1.º do art. 39, conferido pela EC 19/1998, ao determinar que a fixação da remuneração dos servidores públicos obedeça à

natureza, ao grau de responsabilidade e à complexidade dos cargos por eles ocupados, tem lastro evidente no princípio da isonomia. De todo modo, muito importante é ressaltar que as considerações aqui traçadas a respeito da relação entre o princípio da isonomia e a remuneração de servidores públicos, assim como as próprias regras constitucionais citadas, têm por destinatário o legislador. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há décadas, pacificou-se quanto à impossibilidade de o Poder Judiciário, a título de isonomia, pretender aumentar remunerações de servidores públicos. Tal orientação foi inicialmente explicitada na Súmula 339 do STF (de 1963) e, em 2014, passou a constar da Súmula Vinculante 37, com este enunciado:

37 - Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.

3.4. Extensão aos servidores públicos de direitos constitucionalmente assegurados aos trabalhadores da iniciativa privada

O art. 7.º da Carta de 1988 contém, nos seus trinta e quatro incisos, a lista dos principais direitos fundamentais sociais a que fazem jus os "trabalhadores urbanos e rurais". São estendidos aos "servidores ocupantes de cargo público" - ou seja, aos servidores públicos estatutários -, pelo § 3.º do art. 39 da Constituição Federal, os direitos previstos no seu art. 7.º, incisos IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, "podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir". Vale dizer, o § 3.º do art. 39 do Texto Magno confere aos servidores públicos estatutários os seguintes direitos:

a) salário mínimo; b) garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; c) décimo terceiro; d) remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; e) salário-família; f) duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais; g) repouso semanal remunerado; h) remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; i) férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que a remuneração normal; j) licença à gestante; k) licença-paternidade;

l) proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; m) redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; n) proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de

critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, "podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir". Confronte a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o direito dos servidores públicos à percepção de pelo menos um salário mínimo (letra "a") refere-se à remuneração deles, e não ao vencimento básico. Por outras palavras, não é necessário que o vencimento básico corresponda ao salário mínimo; basta que a remuneração do servidor (vencimento básico + vantagens pecuniárias penmanentes) alcance o valor do salário mínimo. Essa orientação está, hoje, sedimentada na Súmula Vinculante 16, cuja redação segue transcrita: 16 - Os artigos 7.º, IV, e 39, § 3.º (redação da EC 19/98), da Constituição, referem-se ao total da remuneração percebida pelo servidor público.

A respeito da letra "h" da enumeração acima, nossa Corte Suprema já teve oportunidade de decidir que o direito de os servidores ocupantes de cargo público receberem pelo serviço extraordinário ("horas extras") remuneração superior à normal em pelo menos cinquenta por cento não depende de regulamentação legal. Para o Supremo Tribunal Federal, a norma constitucional que assegura esse direito (resultante da conjugação do art. 7.º, XVI, com o art. 39, § 3.º) tem eficácia plena, isto é, não depende de lei do ente federado para produzir os seus integrais efeitos. Em suma, todos os servidores estatutários da administração pública brasileira têm direito ao pagamento de "horas extras" em valor cinquenta por cento superior, no mínimo, ao da hora normal, independentemente de previsão na lei de cada ente da Federação sobre o regime jurídico dos respectivos servidores ocupantes de cargo público. Merece também um comentário o direito a férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que a remuneração normal (letra "i"). Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o servidor que fique impossibilitado de gozar suas férias, seja em razão do rompimento do vínculo com a administração, seja porque passou para a inatividade, tem direito à conversão das férias não gozadas em indenização pecuniária, com fundamento na vedação ao enriquecimento sem causa da administração. Observe-se que essa orientação não se aplica ao servidor que permaneça em atividade, no exercício de seu cargo, pois ele ainda tem a possibilidade de gozar as férias - direito constitucionalmente assegurado -, estando a administração obrigada à sua concessão, não se lhe facultando substituí-las, a seu arbítrio, por uma indenização em pecúnia. Enfatizamos que o direito do servidor de converter em dinheiro as férias que ele não tem mais possibilidade de gozar não precisa estar previsto em lei e independe de perquirição sobre a existência de culpa pela não fruição das férias na época em que elas poderiam ou deveriam ter sido gozadas (em diversos julgados, o STF aponta

como fundamento da sua posição, ao lado da vedação ao enriquecimento sem causa, a responsabilidade objetiva da administração pública). Ademais, nossa Corte Suprema já deixou assente que a indenização pelas férias não usufruídas deve contemplar; obrigatoriamente, o acréscimo de pelo menos um terço sobre a remuneração normal, direito que não pode ser restringido pelo legislador dos diversos entes federados, uma vez que diretamente decorre da Constituição da República. Vem a propósito referir - ainda sobre o direito às férias - que o STF já declarou inconstitucional lei estadual que pretendia estender aos inativos o direito ao adicional de férias (de, pelo menos, um terço a mais do que a remuneração normal) a que fazem jus os servidores em atividade. Entendeu o Plenário da Corte Maior que o adicional de férias é compatível exclusivamente com o regime jurídico dos servidores ativos, configurando ofensa ao Texto Magno a pretensão de instituir o benefício remuneratório desatrelado de qualquer fundamento lógico - caso da extensão, a quem não pode gozar férias, de uma vantagem pecuniária cujo fundamento é, exatamente, a fruição de férias! Literalmente, averbou-se, na ementa do acórdão respectivo, que "não há margem interpretativa no texto constitucional para que se conceba a extensão de benefício remuneratório desatrelado de qualquer fundamento. O trabalhador aposentado, ou, no caso, o servidor público em inatividade, não pode gozar férias, porquanto já deixou de exercer cargo ou função pública. Nesse passo, afigura-se inviável o deferimento de benefício sem a correspondente causa geradora".⁹⁹ 96 ARE 721.001/RJ (repercussão geral), rei. Min. Gilmar Mendes, 28.02.2013. No mesmo sentido: ARE-AgR 731.803/RJ, rei. Min. Ricardo Lewandowski, 14.05.2013; AI-AgR 836.957/ MA, rei. Min. Dias Toffoli, 11.03.2014. 91 ARE-ED 721.001/RJ (repercussão geral), rei. Min. Gilmar Mendes, 28.08.2014. 98 RE 570.908/RN (repercussão geral), rei. Min. Cármen Lúcia, 16.09.2009 (vide Informativo 559 do STF). 99 ADI 1.158/AM, rei. Min. Dias Toffoli, 20.08.2014 (vide Informativo 755 do STF).

Em suma, segundo a jurisprudência do STF, não há fundamento constitucional idôneo para a extensão a servidores inativos (e respectivos pensionistas) do pagamento do adicional de férias a que têm direito os servidores em atividade - e, portanto, a lei que pretenda fazê-lo é inconstitucional, isto é, conflita com nossa Carta Política. Por último, impende anotar que, além dos direitos listados acima, o Supremo Tribunal Federal entende ser aplicável a todas as servidoras públicas, inclusive às ocupantes de cargo em comissão (e também às agentes públicas vinculadas ao poder público mediante contratação temporária), a estabilidade provisória prevista no art. 1º O, II, "b", do Ato das

Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), a saber: "fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto". Em razão de sua importância, reproduzimos abaixo ementa de acórdão do STF em que essa orientação foi didaticamente exposta (grifamos): O acesso da servidora pública e da trabalhadora gestante à estabilidade provisória, que se qualifica como inderrogável garantia social de índole constitucional, supõe a mera confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao órgão estatal competente ou, quando for o caso, ao empregador. Doutrina. Precedentes. As gestantes - quer se trate de servidoras públicas, quer se cuide de trabalhadoras, qualquer que seja o regime jurídico a elas aplicável, não importando se de caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT), mesmo àquelas ocupantes de cargo em comissão ou exercentes de função de confiança ou, ainda, as contratadas por prazo determinado, inclusive na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição, ou admitidas a título precário - têm direito público subjetivo à estabilidade provisória, desde a confirmação do estado fisiológico de gravidez até cinco (5) meses após o parto (ADCT, art. 1º O, II, "b"), e, também, à licença-maternidade de 120 dias (CF, art. 7º, XVIII, e/e o art. 39, § 3º), sendo-lhes preservada, em consequência, nesse período, a integridade do vínculo jurídico que as une à administração pública ou ao empregador, sem prejuízo da integral percepção do estipêndio 100 RE-AgR 634.093/DF, rei. Min. Celso de Mello, 22.11.2011. O mesmo entendimento foi perfilhado no RE-AgR 652.40Ei/RS, rei. Min. Dias Toffoli, 27.03.2012, e no MS 30.519/DF, rei. Min. Cármen Lúcia, 20.06.2012. A matéria será decidida com repercussão geral no âmbito do RE 842.844/SC, rei. Min. Luiz Fux, cujo mérito não fora julgado até o fechamento desta edição. funcional ou da remuneração laboral. Doutrina. Precedentes. Convenção OIT n.º 103/1952. Se sobrevier, no entanto, em referido período, dispensa arbitrária ou sem justa causa de que resulte a extinção do vínculo jurídico-administrativo ou da relação contratual da gestante (servidora pública ou trabalhadora), assiste-lhe o direito a uma indenização correspondente aos valores que receberia até cinco (5) meses após o parto, caso incorresse tal dispensa. Precedentes.

3.S. Remuneração por subsídio

O subsídio é uma inovação introduzida em nosso ordenamento pela EC 19/1998. Caracteriza-se por ser um estipêndio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de

qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória. É modalidade de remuneração (em sentido amplo) de aplicação:

1. obrigatória para os agentes políticos: chefes dos Executivos, deputados, senadores, vereadores, ministros de Estado, secretários estaduais e municipais, membros da magistratura, membros do Ministério Público, ministros dos tribunais de contas etc.
2. obrigatória para alguns servidores públicos: os servidores das carreiras pertencentes à Advocacia-Geral da União, à Defensoria Pública, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, às procuradorias dos estados e do DF e os servidores da Polícia Federal, Polícia Ferroviária Federal, polícias civis, polícias militares e COI] > OS de bombeiros militares.
3. facultativa para os servidores públicos organizados em carreira: desde que assim disponham as leis federais, estaduais, municipais ou do DF, conforme a carreira de que se trate.

3.6. Estabilidade

A estabilidade é instituto há muito existente em nosso ordenamento, tendo como finalidade principal assegurar aos ocupantes de cargos públicos de provimento efetivo uma expectativa de permanência no serviço público, desde que adequadamente cumpridas suas atribuições. A preocupação que justificou a criação do instituto, e sua elevação a patamar constitucional, é possibilitar que os servidores públicos resistam a ingerências de natureza política, ou pressões de grupos econômicos, visando à obtenção de privilégios e favorecimentos de toda ordem, em síntese, evitar que os servidores públicos, no exercício de suas atribuições, sejam coagidos, de qualquer forma, a atuar em desacordo com o princípio da impessoalidade, em evidente detrimento do interesse público. É incontroverso que servidores nomeados com base em critérios políticos para cargos de livre exoneração são extremamente vulneráveis a toda sorte de pressões, agindo, para o bem e para o mal, praticamente a mando daqueles que têm poder para nomeá-los ou exonerá-los. Outro motivo importante para explicar a existência da estabilidade é a necessidade de profissionalização dos quadros funcionais do serviço público, o que se torna inviável se, a cada mudança de governo, puderem ser promovidas nos cargos de natureza técnico-profissional (não política) as famosas "degolas", com a substituição geral dos apaniguados da administração anterior pelos apadrinhados da vez. A Constituição de 1988 tratou da estabilidade em seu art. 41. Pelo texto originário (antes da EC 19/1998) a estabilidade foi conferida aos servidores nomeados em virtude de

concurso público após dois anos de efetivo exercício e, uma vez adquirida a estabilidade, não existia qualquer hipótese de exoneração do servidor por iniciativa da administração (exoneração é o rompimento do vínculo entre o servidor e a administração pública sem caráter punitivo). As únicas hipóteses de perda do cargo do servidor eram as decorrentes de infração disciplinar grave, tipificada em lei e apurada em processo administrativo disciplinar, assegurada a ampla defesa, ou o trânsito em julgado de sentença judicial. A partir da EC 19/1998, a estabilidade passou a ser conferida somente após três anos de efetivo exercício. Embora o caput do art. 41 da Constituição, com a redação dada pela referida emenda, tenha passado a explicitar que somente os servidores titulares de cargos de provimento efetivo nomeados em virtude de concurso público podem adquirir estabilidade, sempre foi entendimento da doutrina e da jurisprudência que o exercício de cargos em comissão não gera direito a estabilidade. Não há controvérsia relevante, tampouco, quanto à não aquisição de estabilidade pelos ocupantes de empregos públicos (regime contratual, celetista) nas empresas públicas e sociedades de economia mista. Já o exercício de empregos públicos na administração direta, autarquias e fundações públicas, de qualquer ente federado, enseja divergências de monta. Em que pese a inexistência de consenso, nossa opinião - que julgamos majoritária entre os administrativistas - é que empregados públicos não adquirem direito à estabilidade de que trata o art. 41 da Constituição, estejam na administração direta, estejam em qualquer entidade da administração indireta de qualquer ente da Federação. Pensamos que a estabilidade de que trata o art. 41 da Constituição é instituto próprio de regime jurídico de direito público, e empregados públicos, seja qual for o órgão ou entidade a que pertençam, têm seu vínculo funcional com a administração pública regido predominantemente pelo direito privado. A partir da EC 19/1998, foi acrescentado o § 4.º ao art. 41 da Constituição, passando a ser condição para a aquisição da estabilidade a aprovação do servidor em uma avaliação especial de desempenho feita por comissão instituída para esse fim. O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir que é pressuposto dessa avaliação especial de desempenho o efetivo exercício do cargo, não se computando períodos de afastamento. No dizer da referida Corte, "quando, dentro do período de três anos, a avaliação de desempenho do servidor (art. 41 da CF/1988, com a redação dada pela EC 19/1998) for impossibilitada em razão de afastamentos pessoais, esse prazo deverá ser prorrogado pelo mesmo lapso de tempo em que perdurar o afastamento ou licença, de modo a permitir a referida avaliação, pois o efetivo exercício da função é-lhe condição. Mostra-se, portanto, impossível aproveitar aqueles períodos de

licença ou afastamento". IDI A partir do acréscimo desse § 4.º ao art. 41 da Carta da República, pela EC 19/1998, podemos afirmar que não existe mais no Brasil a possibilidade de aquisição de estabilidade por mero decurso de prazo, como anteriormente era a regra. Vale dizer, o fato de o servidor ter completado o período exigido para a aquisição da estabilidade não o torna automaticamente estável; a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade passa a ser condição cumulativa, imprescindível para a aquisição dessa garantia. Saliente-se que, mesmo para os servidores que já estavam em exercício na data da promulgação da EC 19/1998, a avaliação de desempenho, nos termos do § 4.º do art 41 da Constituição, passou a ser condição indispensável para a aquisição da estabilidade, por força do expressamente disposto no art. 28 da aludida emenda constitucional. Em resumo, a partir da EC 19/1998, passaram a ser requisitos concomitantes, cumulativos, para aquisição de estabilidade:

- a) concurso público;
- b) cargo público de provimento efetivo;
- c) três anos de efetivo exercício;
- d) aprovação em avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

A respeito da perda do cargo, a partir da EC 19/1998, verifica-se que passam a ser quatro as hipóteses de rompimento não voluntário do vínculo funcional do servidor já estável:

- a) sentença judicial transitada em julgado;
- b) processo administrativo com ampla defesa;
- c) insuficiência de desempenho, verificada mediante avaliação periódica, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa;
- d) excesso de despesa com pessoal, nos termos do art. 169, § 4.º

Antes de analisarmos as hipóteses acima, cumpre fazermos uma distinção terminológica:

- a) demissão é a perda do cargo por falta grave ou como efeito de sentença penal condenatória, vale dizer, demissão sempre tem caráter punitivo (não existe, tecnicamente, como às vezes ouvimos falar, a figura da "demissão a pedido" do próprio servidor);
- b) exoneração é perda de cargo público nos demais casos; atualmente já não podemos afirmar com precisão que a exoneração não possua nenhum caráter punitivo, pois a perda do cargo por insuficiência de desempenho é hipótese de exoneração e, sem dúvida, tem algum caráter punitivo, tanto assim que é assegurada ao servidor ampla defesa.

Voltando às hipóteses de perda do cargo por servidor estável, verificamos que as duas primeiras já constavam do texto original da Constituição. As novidades são os casos de exoneração por insuficiência de desempenho e por excesso de gastos com pessoal (esta última, evidentemente, não possui nenhum caráter punitivo). A exoneração por insuficiência de desempenho depende de lei complementar. Nessa hipótese, é tão evidente

que há algum caráter punitivo que o próprio texto constitucional assegura ampla defesa ao servidor (lembramos que a Constituição, em seu art. 5.º, LV, dispõe que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes). Já a exoneração do servidor estável por excesso de despesa com pessoal encontra-se prevista no art. 169, § 4.º, da Carta Política, e está disciplinada na Lei 9.801/1999. Prevê o texto atual da Constituição que, se após a adoção de medidas de saneamento das despesas com pessoal ativo e inativo, estas permanecerem acima dos limites estabelecidos em lei complementar, o servidor estável poderá perder o cargo (atualmente tais limites estão previstos no art. 19 da Lei Complementar 101/2000 - conhecida como "Lei de Responsabilidade Fiscal" - e são de 50% da receita corrente líquida para a União e de 60% da receita corrente líquida para os estados, DF e municípios). O § 3.º do art. 169 da Constituição, incluído pela EC 19/1998, estabelece como medidas obrigatórias a serem adotadas visando à adequação de despesas aos limites fixados na lei complementar:

a) a redução, em pelo menos vinte por cento, das despesas com cargos em comissão e funções de confiança; b) a exoneração dos servidores não estáveis.

Somente se essas duas medidas não forem suficientes para assegurar a adequação das despesas aos limites fixados na lei complementar poderá, então, o servidor -estável perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal (art. 169, § 4.º). Conceder-se-á ao servidor exonerado uma indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço e torna-se obrigatória a extinção do cargo por ele ocupado, vedando-se a readmissão de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou semelhantes pelo prazo de quatro anos (art. 169, §§ 5.º e 6.º). Finalizando, podemos frisar que é incorreta a noção, muitas vezes difundida, de que a Emenda 19/1998 extinguiu a estabilidade. O que houve foi uma flexibilização do instituto. Nosso ordenamento continua albergando essa importante figura, embora, atualmente, as garantias dela decorrentes estejam sensivelmente atenuadas.

3.6.1. Vedação à dispensa imotivada de empregados públicos de empresas públicas e sociedades de economia mista

Vimos que a estabilidade prevista no art. 41 da Constituição da República somente se aplica a servidores públicos em sentido estrito, vale dizer, submetidos a regime jurídico funcional estatutário - e, além disso, exclusivamente aos servidores estatutários titulares

de cargo público de provimento efetivo. Os empregados públicos (regime jurídico contratual celetista), portanto, não têm direito à estabilidade de que trata o art. 41 da Carta Política. Esse ponto é incontroverso. Havia dúvida, entretanto, acerca da possibilidade de empregados públicos de empresas públicas e sociedades de economia mista serem dispensados, sem motivação alguma, sem exposição escrita de qualquer justificativa para a dispensa por parte da pessoa jurídica empregadora. Essa questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal, em um caso concreto envolvendo a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, e nossa Corte Suprema decidiu, com repercussão geral, que é vedada a dispensa imotivada de empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, por representar afronta aos princípios constitucionais da impessoalidade e da isonomia. Transcrevemos este excerto da ementa do acórdão (grifamos):¹²

II -Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa. III -A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da Impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. IV -Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho.

A principal tese perfilhada por nossa Corte Suprema ao decidir dessa forma foi a de que a exigência de contratação do empregado público mediante concurso público, cujo escopo é evitar tanto favorecimentos quanto perseguições, impõe, com a mesma finalidade e por uma questão de paralelismo, que as razões de seu desligamento sejam explicitamente apontadas, a fim de possibilitar que se verifique se a dispensa foi norteadada por critérios objetivos e consentâneos com o interesse público. Convém frisar que nessa decisão do Pretório Excelso ficou estabelecido que a dispensa do empregado público deve se materializar em um ato formal, no qual sejam explicitados os motivos da rescisão unilateral do contrato de trabalho, mas não se trata de exigir a instauração de um processo administrativo. O ato de dispensa é que, nesse aspecto, foi equiparado a um ato administrativo de motivação obrigatória, mas não foi estipulada a necessidade de processo administrativo para o desligamento do empregado. Deixou-se também assente

que os motivos apontados pela pessoa jurídica empregadora não se restringem àqueles autorizadores da dispensa por justa causa previstos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Significa dizer, o empregado público pode ser dispensado fora das hipóteses que a CLT descreve como justa causa, desde que o ato de dispensa explicita os motivos que ensejaram a rescisão do contrato de trabalho. A rigor, os ministros do STF, em seus votos e nos debates registrados no inteiro teor do acórdão, procuraram deixar claro que a discussão concernente à idoneidade da motivação explicitada no ato de dispensa deverá ser travada em cada situação concreta. A motivação tem apenas o efeito de possibilitar essa discussão e o controle judicial da legitimidade da dispensa no caso concreto. Por outras palavras, a Corte Suprema não indicou os motivos que seriam válidos para a dispensa, apenas frisou que as empresas públicas e sociedades de economia mista - assim como qualquer entidade integrante da administração pública - têm que pautar toda sua atuação na busca da satisfação do interesse público, o que implica, evidentemente, a vedação à dispensa de empregados públicos por motivos pessoais ou políticos, ou por qualquer outra razão cujo escopo não seja, exclusivamente, a defesa do interesse público. É relevante anotar que, em seu voto, o relator da decisão ora em foco asseverou que o entendimento por ele sustentado só se aplicaria às empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, uma vez que o art. 173, § 1.º, inciso II, da Constituição Federal, ao submeter ao "regime jurídico próprio das empresas privadas" as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, possibilitaria que os empregados delas fossem dispensados da mesma forma que o são os de empresas privadas, com observância exclusivamente da CLT, que não proíbe a dispensa imotivada. E é certo que a ementa do acórdão limitou-se a mencionar expressamente as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos. Em que pese essa constatação, pensamos não ser possível afirmar que o Supremo Tribunal Federal considere legítima a dispensa imotivada - isto é, sem apontar, por escrito, motivo algum - dos empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica. Na verdade, a leitura cuidadosa do inteiro teor do acórdão, especialmente dos registros dos debates ocorridos durante o julgamento e dos votos dos outros ministros, leva-nos a cogitar que, se fosse instado a se pronunciar expressamente acerca da admissibilidade da dispensa imotivada nas empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, o Pretório Excelso decidiria pela exigência de motivação também nessa hipótese.

Sem embargo dessa nossa impressão, fica o alerta: a decisão hoje existente, com repercussão geral, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, somente se refere de forma expressa às empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos. Quanto à possibilidade de dispensa imotivada nas empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica, não se pronunciou a Corte Suprema, ou seja, não se pode dizer que a sua jurisprudência considere-a válida, tampouco asseverar o contrário.

4. REGIME DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS

A Constituição trata, em seu art. 40, do regime de previdência social aplicável aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, incluídas as respectivas autarquias e fundações. É importante frisar que somente os servidores públicos titulares de cargos efetivos fazem jus a esse regime de previdência, chamado "regime próprio" (ou "peculiar"), justamente por ser diferente do regime de previdência denominado "regime geral", a que se sujeitam os demais trabalhadores, não só os da iniciativa privada regidos pela CLT, autônomos e outros, mas também os servidores ocupantes, exclusivamente, de cargo em comissão, função temporária e emprego público. O § 13 do art. 40 do Texto Magno não deixa margem a dúvida quanto a esse ponto, ao estabelecer:

§ 13. Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de afinar que é obrigatória para todos os entes federados a observância da regra vazada no dispositivo supratranscrito, declarando inconstitucional lei estadual que pretendeu estender aos respectivos servidores não efetivos o regime próprio de previdência disciplinado no art. 40 da Carta Política. O regime de previdência próprio dos servidores estatutários efetivos já foi profundamente alterado, por duas vezes, desde a promulgação da Carta de 1988, mediante emendas constitucionais que ficaram conhecidas como "reformas" da previdência social. A primeira dessas "reformas" operou-se por meio da EC 20/1998, a qual modificou significativamente não só o regime próprio, mas também o regime geral de previdência social (RGPS). A •03 ADI 3.106/MG, rei. Min. Eros Grau, 14.04.2010.

segunda "reforma", cujo instrumento foi a EC 41/2003, concentrou-se quase exclusivamente no regime próprio dos servidores públicos estatutários (RPPS). Pequenas modificações foram novamente introduzidas com a EC 47/2005, que atenuou algumas das perdas de direitos previdenciários que os servidores públicos tiveram com a EC 41/2003. Ainda, a EC 70/2012 introduziu, no texto da EC 41/2003, uma regra cuja finalidade foi corrigir uma distorção que prejudicava sobremaneira, no caso de aposentadoria por invalidez permanente, os servidores que ingressaram no serviço público antes da EC 41/2003. É importante destacar que nenhuma dessas "reformas" realizou a tão propalada unificação dos regimes de previdência social. Continuam existindo, no Brasil, dois regimes distintos de previdência, um aplicável aos servidores públicos estatutários efetivos (RPPS) e outro aplicável aos demais trabalhadores, dito, por isso, regime geral (RGPS). O regime geral de previdência social está disciplinado no art. 201 da Constituição e, como acima mencionado, não sofreu alteração significativa com a reforma de 2003. Deve-se notar que o regime geral de previdência aplica-se subsidiariamente aos servidores públicos submetidos ao regime próprio, ou seja, inexistindo preceito específico no RPPS aplicável a determinada situação, utilizam-se as disposições do regime geral que dela tratem. Não cuidaremos do RGPS nesta obra. Conforme afirmado, os dispositivos do art. 40 da Constituição foram bastante alterados com a promulgação da EC 20/1998 e, apenas cinco anos depois, com a segunda "reforma" (EC 41/2003), as modificações foram ainda mais profundas. Tanto a reforma de 1998 como a de 2003 propuseram-se, em linhas gerais, a assegurar um relativo equilíbrio financeiro ao sistema. Em 1998 foram estabelecidos limites mínimos de idade para a concessão de aposentadoria, passou-se a exigir um tempo mínimo de efetivo serviço no cargo e no serviço público para obtenção da aposentadoria, o texto constitucional passou a falar, expressamente, em caráter contributivo, com base atuarial, para o sistema etc. A segunda reforma teve como principais pontos: fim da aposentadoria com proventos integrais para os servidores que ingressaram no serviço público após a publicação da EC 41/2003; estabelecimento de um redutor para as pensões acima de determinado valor; instituição da cobrança de contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas que recebam proventos acima de certo valor; previsão de regime de previdência complementar com planos de benefícios na modalidade contribuição definida; instituição de regras de transição para os servidores ingressados no serviço público até a data de

publicação da EC 41/2003; garantia dos direitos adquiridos dos já aposentados e pensionistas bem como daqueles que, até a data de publicação da emenda, tenham cumprido todos os requisitos para a obtenção da aposentadoria ou pensão, com base nos critérios da legislação então vigente. Passaremos a analisar a atual configuração do regime de previdência social aplicável aos servidores públicos (civis) estatutários (RPPS), já incorporadas as alterações introduzidas pela EC 41/2003 e pela EC 47/2005. Essencialmente, as características do atual regime previdenciário dos servidores públicos titulares de cargos efetivos das três esferas da Federação (regras aplicáveis aos servidores ingressados no serviço público após a publicação da EC 41/2003) são as que expedemos a seguir: O regime tem caráter contributivo e solidário. Dessa forma, não importa apenas o tempo de serviço do servidor; para fazer jus à aposentadoria, só será computado o tempo de efetiva contribuição do beneficiário. É vedado ao legislador estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício. Devem contribuir para o sistema o ente público, os servidores ativos e inativos e os pensionistas (CF, art. 40, caput). As contribuições devem observar critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema. 104 Foi a EC 41/2003 que acrescentou, já no caput do art. 40 da Carta Política, a expressa menção à exigência de contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas, comando depois detalhado no § 18 desse artigo. A obrigação do ente público (União, estado, DF ou município) de contribuir para o respectivo regime também foi explicitada somente a partir da segunda reforma da previdência. Ainda, vale registrar que a referência textual à solidariedade do regime próprio de previdência dos servidores públicos no caput do art. 40 da Constituição foi introduzida pela EC 41/2003.¹⁰⁵ À primeira vista, é redundante a afirmação de que o sistema é solidário. Isso porque a Constituição de 1988, já em seu texto originário, estabelece a solidariedade como um dos mais importantes princípios orientadores da seguridade social como um todo (o que inclui os serviços relacionados à previdência social). Com efeito, o caput do art. 195 da Lei Maior é peremptório ao asseverar que "a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta". Decerto, a repetição do princípio da solidariedade no caput do art. 40 teve o intuito de reforçar a legitimidade da exigência de contribuição dos aposentados e pensionistas. "" A referência à necessidade de obtenção de equilíbrio financeiro e atuarial para o sistema foi introduzida pela EC 20/1998 e permaneceu Idêntica com a reforma de 2003. 105 Com a EC 20/1998, passou a constar do art. 40, caput, o caráter contributivo do regime, evidentemente mantido na segunda reforma, a qual agregou a asserção de que o sistema possui caráter solidário.

Isso porque os inativos não estarão, em nenhuma hipótese, contribuindo para si mesmos, uma vez que já recebem o benefício previdenciário. Ocorre que, no que respeita às pessoas físicas, sempre foi vista a contribuição previdenciária como um valor que a pessoa entrega a determinado órgão ou entidade visando especificamente a um benefício futuro (prestação previdenciária) para ela própria. Ora, no caso dos inativos, a contribuição será cobrada essencialmente em benefício dos futuros aposentados do regime próprio de previdência, e não deles mesmos. Por esse motivo, a nosso ver, falta a essa contribuição cobrada dos inativos e pensionistas a denominada causa eficiente, ou melhor, a causa eficiente não é eventual prestação previdenciária futura a ser paga à pessoa que contribui (ou a um dependente seu), mas simples aporte de recursos ao sistema visando a possibilitar, em tese, a sua perpetuação (vale notar que, evitando um hipotético colapso, essa contribuição, também teoricamente, beneficiaria todas as pessoas sujeitas ao regime próprio, inclusive os já aposentados e pensionistas). De toda forma, veremos, ao estudarmos o § 18 do art. 40 da Constituição, que o STF, no julgamento da ADI 3.105/DF e da ADI 3.128/DF, considerou constitucional a exigência de contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos, inclusive das pessoas que já estavam aposentadas, ou eram pensionistas, antes da publicação da EC 41/2003. Pela nova redação do caput do art. 40 da Constituição, o ente público União, estados, Distrito Federal e municípios -deverá obrigatoriamente contribuir para o respectivo regime próprio de previdência de seus servidores estatutários. Essa regra, a nosso ver, terá pouco efeito prático. A contribuição do ente público (do patrocinador do plano de previdência em geral) somente é relevante, ao menos para o beneficiário das futuras prestações previdenciárias, nos regimes de capitalização individual efetiva. Ou seja, somente nos sistemas em que as contribuições do beneficiário são depositadas em uma conta individual e os seus valores são capitalizados para o fim exclusivo de pagamento das futuras prestações de aposentadoria ou pensão. Em tal regime, as contribuições do ente público são, a toda evidência, extremamente relevantes, porquanto compõem o montante acumulado pelo beneficiário durante toda sua vida contributiva; quanto maior esse montante, maior o valor dos proventos de aposentadoria ou pensão a que fará jus esse beneficiário específico. Ocorre que o sistema de previdência pública atualmente existente no Brasil - tanto o regime geral quanto os regimes próprios - é de repartição simples, ou seja, todos os valores que ingressam no caixa da previdência são utilizados, imediatamente, para pagamento dos

benefícios correntes. Não há capitalização de nenhum valor - nem capitalização coletiva, nem capitalização individual.

C11p. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 377

Dessa forma, a contribuição previdenciária do ente público corresponderá, ao fim e ao cabo, a um valor que ele entregará a ele mesmo para pagar os benefícios que teria que pagar com seus próprios recursos orçamentários, os quais, por óbvio, em nada foram acrescidos pela referida contribuição. De todo modo, essa regra, na esfera federal, foi regulamentada pelo art. 8.º da Lei 10.887/2004, que assim preceitua:

Art. 8.º A contribuição da União, de suas autarquias e fundações para o custeio do regime de previdência, de que trata o art. 40 da Constituição Federal, será o dobro da contribuição do servidor ativo, devendo o produto de sua arrecadação ser contabilizado em conta específica. Parágrafo único. A União é responsável pela cobertura de eventuais insuficiências financeiras do regime decorrentes do pagamento de benefícios previdenciários.

A EC 41/2003 cuidou, também, de proibir a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos, e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal (art. 40, § 20). Essa regra visa a evitar pressões de determinadas categorias para a instituição de específicos sistemas próprios de previdência, obviamente mais favoráveis aos seus integrantes, e até mesmo - o que não seria improvável - manifestações em prol da criação de sistemas segregados para cada Poder. Cabe observar que o § 20 do art. 40 faz, contudo, ressalva expressa ao regime de previdência dos militares, que deve ser disciplinado em lei própria (CF, art. 142, § 3.º, X). É proibida a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência próprio dos servidores estatutários, ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis previstos na Constituição (art. 40, § 6.º). É também vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime próprio de previdência dos estatutários, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores (art. 40, § 4.º):

I - portadores de deficiência; II - que exerçam atividades de risco; III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. É da União a competência para editar as leis complementares requeridas pelo § 4.º do art. 40 da Constituição, consoante já definiu o STF, sob

378 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marcelo Alexandrino & Vicente Paulo

o argumento de que "a matéria deve ser regulamentada uniformemente, em norma de caráter nacional, de iniciativa do Presidente da República". Por essa mesma razão - competência legislativa da União -, somente o STF tem competência para julgar mandados de injunção referentes a omissões quanto à edição das referidas leis complementares.¹⁰⁶ A Lei Complementar 51/1985, com a redação dada pela Lei Complementar 144/2014, "dispõe sobre a aposentadoria do servidor público policial, nos termos do § 4.º do art. 40 da Constituição Federal". Outras leis complementares que tratem das hipóteses referidas no § 4.º do art. 40 do Texto Magno não foram editadas até hoje. Em face da omissão do legislador - isto é, do descumprimento de seu dever de regulamentar esse dispositivo constitucional -, muitos servidores públicos vêm impetrando mandados de injunção, pleiteando ordens judiciais que lhes assegurem o concreto exercício do direito constitucionalmente previsto. No que diz respeito à assim chamada aposentadoria especial - aquela concedida em razão de trabalho exercido sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física do indivíduo -, o Supremo Tribunal Federal defere os mandados de injunção, para o fim de determinar que a autoridade administrativa competente, utilizando por analogia o art. 57 da Lei 8.213/1991, verifique se o servidor público (federal, estadual, distrital ou municipal) preenche os requisitos nesse artigo estipulados e, sendo o caso, conceda-lhe a aposentadoria especial referida no inciso III do § 4.º do art. 40 da Constituição.¹⁰⁷ Essas decisões deram origem à Súmula Vinculante 33, com o seguinte enunciado:

33 -Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4.º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.

Enfatizamos que o Supremo Tribunal Federal em nenhuma hipótese defere, ele mesmo, a aposentadoria, tampouco julga se o servidor público realmente reúne as condições fáticas e atende aos requisitos legais para obtê-la - afinal, mandados de injunção não se prestam a tanto! A Corte Suprema, simplesmente, declarando a mora do Congresso Nacional, supre a falta da norma legal exi

108 RE 797.905/SE (repercussão geral), rei. Mln. Gllmar Mendes, 15.05.2014. 107 MI 721/DF, rei. Min. Marco Aurélio, 30.06.2007 (vide Infom1atlvo 477 do STF). No mesmo .º sentido, dentre muitos outros: MI 998/DF, rei. Mln. Cármen Lúcia, 15.04.2009; MI 1.660/DF, rei. Mln. Marco Aurélio, 02.08.2010; MI-AgR 4.842/DF, rei. Mln. Cármen Lúcia, 06.03.2013; ;::: ARE .. AgR 727.541/MS, rei. Mln. Marco Aurélio, 09.04.2013.

gida pelo inciso III do § 4.0 do art. 40 da Constituição, detenninando que a autoridade administrativa competente, no lugar dessa regulamentação faltante, aplique o art. 57 da Lei 8.231/1991 -e isso somente enquanto não for editada a lei complementar que possibilite o exercicio desse direito pelos servidores estatutários efetivos sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Muito importante, também, é frisar que o Supremo Tribunal Federal entende que o direito à aposentadoria especial previsto no inciso II do § 4.0 do art. 40 da Constituição impõe ao legislador tão somente o dever de editar nonna legal regulamentadora que trate de concessão de aposentadoria especial ao servidor público. O legislador, entretanto, não está obrigado a prever, na lei complementar que ele tem o dever de editar, direito a contagem diferenciada do tempo de serviço prestado em condições especiais. É irrelevante, quanto a esse aspecto, o fato de o § 5.0 do art. 57 da Lei 8.213/1991 - que não tem base no art. 40 da Constituição! - conferir aos segurados do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) o direito à contagem diferenciada do tempo de serviço prestado em condições especiais. É de mister um esclarecimento acerca dessa .. contagem diferenciada" - tecnicamente chamada "conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum". O segurado do RGPS que trabalhe sob condições especiais que prejudiquem a sua saúde ou integridade física por um tempo não bastante para obter a aposentadoria especial tem o direito de convertê-lo em tempo comum, para o fim de somá-lo ao tempo de trabalho exercido em atividade comum e, assim, quando perfizer um tempo total suficiente, requerer a aposentadoria comum. Essa conversão é feita mediante a aplicação de um multiplicador sobre o tempo de trabalho exercido sob condições especiais (o multiplicador varia de acordo com uma tabela que não interessa a esta exposição). Por exemplo, se for 1,5 o multiplicador, cada ano de serviço em atividade especial será computado como um ano e meio de trabalho exercido em atividade comum, para efeito de concessão de aposentadoria comum. Note-se que só se concede aposentadoria especial a quem exerce em condições especiais todo o tempo necessário para a aposentação; na hipótese de conversão de tempo especial em tempo comum, a aposentadoria a que se fará jus, quando for o caso, será a comum. Pois bem, em muitas situações, servidores públicos que exerceram um tempo de atividade sob condições especiais prejudiciais a sua saúde ou integridade física não suficiente para a obtenção da aposentadoria especial têm pleiteado, em mandados de injunção, a conversão desse período em tempo comum, com a respectiva averbação nos assentamentos funcionais, para contagem do tempo necessário à obtenção da aposentadoria comum. Tais

ações têm sido julgadas improcedentes pelo Pretório Supremo, com fundamento na asserção de que o § 4.º do art. 40 da Constituição não impõe

380 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Merce/o Alexendrlno & Vicente Peulo

ao legislador o dever de editar norma acerca de contagem diferenciada do tempo de trabalho exercido sob condições especiais pelo servidor público - e, quando não há descumprimento de dever de legislar estabelecido em determinado dispositivo constitucional, descabe o mandado de injunção.¹⁰⁸ Consoante este preciso excerto da ementa de acórdão relativo ao tema, "a conversão de períodos especiais em comuns, para fins de contagem diferenciada e averbação nos assentamentos funcionais de servidor público, não constitui pretensão passível de tutela por mandado de injunção, à míngua de dever constitucional de legislar sobre a matéria".¹⁰⁹ Quanto aos servidores com deficiência (inciso I do § 4.º do art. 40), o Supremo Tribunal Federal já julgou procedentes diversos mandados de injunção para o fim de determinar a observância do art. 57 da Lei 8.213/1991 pela administração, na análise de seus pedidos de aposentadoria especial.¹¹⁰ Da mesma forma que acima foi explicado, a Corte Suprema simplesmente determina que a autoridade administrativa competente aprecie o pedido do servidor com deficiência como se fosse um pedido de aposentadoria especial, verificando se estão cumpridos os requisitos para essa modalidade de aposentadoria previstos no art. 57 da Lei 8.213/1991. É interessante salientar que o art. 57 da Lei 8.213/1991, invocado por analogia nas decisões dos referidos mandados de injunção, nem mesmo faz referência a pessoas com deficiência, mas, tão somente, garante aposentadoria especial ao segurado do RGPS que tenha exercido sua atividade "sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física". Ocorre que, em 9 de maio de 2013, foi publicada a Lei Complementar 142/2013 (com início de vigência após decorridos seis meses de sua publicação), que "regulamenta a concessão de aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS de que trata o § 1.º do art. 201 da Constituição Federal". Em face dessa inovação legislativa, em um mandado de injunção concernente a servidor público com deficiência julgado quando já fora publicada a LC 142/2013, a Corte Excelsa determinou que a autoridade administrativa competente para apreciar o pedido de aposentação aplicasse o art. 57 da Lei 8.213/1991 até a entrada em vigor da LC 142/2013 e, a partir daí, aferisse de acordo com o disposto nessa lei complementar o atendimento aos requisitos para a concessão da 108 MI-ED 1.280/DF, rei. Min. Gilmar Mendes, 02.03.2011; MI-AgR 2.140/DF, red. p/ o acórdão Min. Luiz

Fux, 06.03.2013; MI-AgR 2.123/DF. red. pf o acórdão Min. Dias Toffoli, 06.03.2013 (vide Infonnatlvo 697 do STF). 1 09 MI-ED 1.551/DF, rei. Min. Rosa Weber, 23.05.2013. No mesmo sentido: MI-AgR 1.508/DF, rei. Min. Teori Zavascki, 24.04.2013; MI-ED 1.675/DF, rei. Min. Rosa Weber, 06.06.2013; MI-ED 3.162/0F, rei. Min. Cãnnen Lúcia, 11.09.2014 (vide Infonnalivo 758 do STF). "º MI 1.9671DF, rei. Min. Celso de Mello, 24.05.2011; MI 3.322/DF, rei. Min. Celso de Mello, 01.06.2011.

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 381

aposentadoria nela prevista (a LC 142/2013 não chama a aposentadoria da pessoa com deficiência de aposentadoria especial, provavelmente para evitar confusão com aquela disciplinada no art. 57 da Lei 8.213/1991).¹¹ Isso tudo, evidentemente, enquanto não for editada a lei complementar exigida pelo inciso I do § 4.º do art. 40 da Constituição da República. Os proventos de aposentadoria serão calculados a partir das remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor tanto ao regime próprio quanto, se for o caso, ao regime geral (art. 40, § 3.º). A forma de cálculo deverá ser estabelecida em lei. A regra descrita nesse § 3.º do art. 40 foi uma das mais importantes alterações trazidas pela EC 41/2003. Ela representa o fim da aposentadoria com proventos integrais. Os proventos não corresponderão, como antes era possível, ao valor da última remuneração do servidor. Seu valor será uma média calculada, nos termos da lei, com base nas remunerações sobre as quais o servidor contribuiu ao longo de sua vida profissional. Regulamenta essa norma constitucional a Lei 10.887/2004. Deve ficar bem entendido o que chamamos de "fim da aposentadoria com proventos integrais". O que deixou de existir foi a possibilidade - que havia antes da EC 41/2003 - de o servidor aposentar-se, uma vez atendidos os requisitos constitucionalmente estipulados, com proventos correspondentes ao valor da sua última remuneração, independentemente de sua vida laboral progressiva. Note-se que o valor desses "proventos integrais" não resultava, propriamente, de um cálculo matemático: verificado o atendimento das condições determinadas no texto constitucional, simplesmente se concedia ao servidor a aposentadoria com proventos de valor igual ao da última remuneração do servidor. A rigor, conquanto afirmemos que a EC 41/2003 extinguiu a aposentadoria com proventos integrais, a verdade é que ainda existem, hoje, hipóteses restritas e específicas em que servidores públicos podem se aposentar com os "proventos integrais" a que nos referimos no parágrafo precedente: (a) no caso de aposentadoria por invalidez decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei (estudada mais à frente neste tópico); e (b) no caso de servidores públicos

que tenham ingressado no serviço público antes da EC 41/2003 e estejam enquadrados em regras de transição previstas expressamente na própria EC 41/2003 e em outras emendas constitucionais, que não têm interesse para a presente exposição. Além da possibilidade de aposentar-se com "proventos integrais", os servidores submetidos ao modelo anterior contavam com uma garantia de 111 MI 5.126/DF, rei. Min. Luiz Fux, 27.09.2013.

382 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • MarooloA/exandrino & Vicente Paulo

grande importância, conhecida como "regra da paridade", que assegurava a manutenção futura, e "eterna", da equivalência entre o montante de seus proventos e o valor da remuneração dos servidores ativos titulares daquele mesmo cargo, ou do cargo resultante de sua transformação. Os servidores sujeitos ao modelo atual têm os seus proventos efetivamente determinados por meio de um cálculo matemático: o valor dos proventos corresponderá a uma média obtida a partir das remunerações utilizadas como base para as contribuições previdenciárias que o servidor pagou ao longo de sua vida profissional, ou de parte dela, conforme disposto em lei. Esse valor inicial dos proventos pode até coincidir com a remuneração que o servidor estava recebendo imediatamente antes de se aposentar - dependerá da média das remunerações consideradas no cálculo e dos índices de atualização incidentes, nos termos do § 17 do art. 40, tratado a seguir. Porém, mesmo que aconteça de o valor inicial dos proventos coincidir com o da última remuneração que o servidor recebeu, os proventos, a partir de então, serão reajustados com base em índices definidos em lei, a fim de que mantenham, "em caráter permanente, o valor real" (art. 40, § 8.0). Absolutamente nenhuma relação haverá entre esses reajustes e a evolução do valor das remunerações dos servidores ativos titulares daquele mesmo cargo em que o servidor se aposentou. O § 17 do art. 40 complementa a regra de cálculo dos proventos de aposentadoria contida no § 3.º, que estudamos nos parágrafos antecedentes. Estabelece o citado § 17 que todos os valores de remuneração considerados para o cálculo do valor inicial dos proventos serão devidamente atualizados, na forma da lei. A Lei 10.887/2004 regulamenta essa norma constitucional. É oportuno observar que, não obstante o fim da aposentadoria com proventos integrais para os servidores que ingressaram no serviço público depois da EC 41/2003, foi mantida no texto constitucional a vedação inscrita no § 2.0 do art. 40, segundo a qual "os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da

pensão". Embora pareça ter perdido o sentido, essa proibição poderá ser aplicável, por exemplo, na hipótese de servidores públicos de um determinado ente federado ficarem muito tempo recebendo reajustes irrisórios em suas remunerações. Nesse caso, se as remunerações forem atualizadas por índices oficiais de inflação para efeito de cálculo da média a que corresponderão OS proventos, poderá ocorrer de se chegar a um valor superior ao da última remuneração do servidor. Se isso ocorrer, incidirá a vedação do § 2.0 do art. 40, vale dizer, os proventos calculados terão que ser reduzidos para não ultrapassarem o valor da última remuneração do servidor.

C8p. 7 •SERVIDORES PÚBLICOS 383

Além de extinguir a aposentadoria com proventos integrais - e como consequência lógica dessa medida -, a EC 41/2003 suprimiu a regra de paridade entre remuneração e proventos, que antes se encontrava no § 8.º do art. 40. Essa regra - à qual aludimos de passagem ao explicarmos em que consistiam os "proventos integrais" eliminados pela EC 41/2003 - assegurava a revisão dos proventos, pelos mesmos índices e na mesma data, sempre que se modificasse a remuneração daquele cargo em que se deu a aposentadoria, ou do resultante de sua transformação, estendendo também aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens ulteriormente concedidos aos servidores em atividade. Convém anotar que, não obstante a clareza dessa regra de paridade -ainda aplicável a boa parte dos servidores e aposentados que ingressaram no serviço público antes da publicação da EC 41/2003 -, o Supremo Tribunal Federal possui diversas decisões em que foi bastante atenuada a proteção que a referida norma parecia oferecer aos proventos e às pensões por ela alcançados. O STF firmou o entendimento de que vantagens percebidas pelo servidor ativo que, por sua natureza, sejam concernentes à atividade do servidor, não se incorporam à sua remuneração e não estão sujeitas à regra de paridade. Versando sobre o § 8.0 da Carta Política, com a redação anterior à EC 41/2003, deixou assente a Corte Suprema que "a regra de extensão aos inativos das melhorias da remuneração dos correspondentes servidores em atividade (CF, art. 40, § 8.0, cf. EC 20/1998) não implica a permanente e absoluta paridade entre proventos e vencimentos, dado que nos últimos se podem incluir vantagens pecuniárias que, por sua natureza, só podem ser atribuídas ao serviço ativo" .112 É fácil constatar que o STF entende que a regra de paridade, que o § 8.0 do art. 40 da Constituição antes enunciava, apenas garante que "os benefícios ou vantagens de natureza geral sejam estendidos aos aposentados, não aqueles que dependam do atendimento de condição inscrita na lei".113 Dessa forma, o STF considera perfeitamente válidas normas legais que criem, por

exemplo, gratificações vinculadas ao desempenho dos servidores no exercício de determinado cargo e determinem que tais gratificações não serão pagas aos aposentados. Consoante o Pretório Excelso várias vezes afirmou, não 112 ADI 575/PI, rei. Min. Sepúlveda Pertence, 25.03.1999; RE 318.684/RS, rei. Mln. Moreira Alves, 09.10.2001. 113 MS-AgR 24.204/DF, rei. Mln. Ellen Gracie, 12.02.2003. Na mesma linha, cumpre registrar a decisão de mérito unânime proferida no RE 572.884/GO, rei. Mln. Ricardo Lewandowski, em 20.06.2012, no qual já houvera o reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional suscitada.

384 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marcelo Alexandrino & Vicente Paulo é possível cogitar aferição do "desempenho" de um aposentado no exercício do cargo, porque, obviamente, ele não mais está exercendo aquele cargo. Porém, cabe frisar, se a gratificação começar a ser paga pela administração indistintamente a todos os servidores, sem qualquer critério de aferição efetiva de desempenho ou de qualidade no exercício do cargo, o STF considera que ela passa a ser uma "vantagem remuneratória de caráter geral" (não importa o nome que a lei lhe dê) e, nesse caso, impõe a sua extensão a todos os aposentados e pensionistas que façam jus à regra de paridade que existia no § 8.º do art. 40. Também pertinente a essa matéria, convém registrar o disposto na Súmula 680 do STF: 680 - O direito ao auxílio-alimentação não se estende aos servidores inativos.

Segundo o STF, o direito ao auxílio-alimentação não se estende aos aposentados e pensionistas por se tratar de verba de natureza indenizatória destinada a cobrir os dispêndios com refeições do servidor no efetivo exercício de suas funções, não se incorporando à remuneração ou aos proventos da aposentadoria, nem mesmo para aqueles que têm direito à paridade de que tratava o § 8.º do art. 40 antes da EC 41/2003. Como já foi dito, a EC 41/2003 suprimiu por completo do texto da Constituição Federal a regra assecuratória de paridade entre os proventos de inatividade pagos pelo RPPS dos servidores estatutários e a remuneração do correspondente cargo público. A norma que atualmente consta do § 8.º do art. 40 do Texto Magno prevê tão somente "o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei". 114 RE 596.962JMT (repercussão geral). rei. Min. Dias Toffoli, 21.08.2014 (vide Informativo 755 do STF). 115 O art. 15 da Lei 10.887/2004 (com redação dada pela Lei 11.784/2008) determina que os proventos de aposentadoria e as pensões dos beneficiários que não tenham garantia de paridade devem ser reajustados na mesma data e Índice em que se der o reajuste dos benefícios do regime geral de

previdência social. Essa regra expressamente é endereçada à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios. É importante anotar, entretanto, que o STF deferiu pedido de medida cautelar na ADI 4.582/DF para restringir a aplicabilidade da regra do art. 15 da Lei 10.887/2004 aos inativos e pensionistas da União. Decidiu nossa Corte Suprema, embora liminarmente, que lei de cada um dos entes federados deve dispor acerca do modo de reajuste de aposentadorias e pensões dos respectivos servidores inativos e seus dependentes, matéria que não se insere no âmbito das normas gerais sobre previdência social (ADIMC 4.582/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 28.09.2011; vide Informativo 642 do STF).

Cap. 7 •SERVIDORES PÚBLICOS 385

O § 7.º do art. 40 trata das pensões. Nos termos desse dispositivo, o benefício da pensão por morte será igual:

a) ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso o servidor seja aposentado por ocasião do seu óbito (art. 40, § 7.º, I);

Portanto, imaginando, para efeito de ilustração, que fosse de R\$ 4.200,00 o limite máximo do RGPS, se o servidor, ao falecer, percebia R\$ 6.000,00 de aposentadoria, os proventos de pensão seriam de R\$ 4.200,00 (o limite hipotético do RGPS) mais 70% de R\$ 1.800,00 (o excedente de R\$ 4.200,00, até o valor dos proventos de aposentadoria de R\$ 6.000,00), ou seja, a pensão seria de R\$ 5.460,00 (R\$ 4.200,00 + R\$ 1.260,00).

b) ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso o servidor estivesse em atividade na data do óbito (art. 40, § 7.º, II).

O exemplo é análogo ao anterior. Se utilizarmos o mesmo valor hipotético de R\$ 4.200,00 para o limite máximo do RGPS e imaginarmos um servidor que na data do seu falecimento estivesse em atividade com uma remuneração de R\$ 6.000,00, os proventos de pensão serão de R\$ 5.460,00 (R\$ 4.200,00 + 70% de R\$ 1.800,00). O teto constitucional de remuneração dos servidores públicos, previsto no art. 37, inciso XI, deve ser respeitado como limite à soma total dos proventos de inatividade, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos, bem como de outras atividades sujeitas a contribuição para o regime geral de previdência social. O limite aplica-se, também, à soma dos proventos de inatividade com a remuneração de cargo

acumulável, de cargo em comissão e de cargo eletivo (art. 40, § II). O § 14 do art. 40 da Constituição (acrescentado pela EC 20/1998 e não modificado pela EC 41/2003) prevê a possibilidade de cada ente da Federação fixar, para o valor das aposentadorias e pensões dos respectivos servidores públicos sujeitos ao regime próprio, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social (RGPS). Para isso, o ente federado obrigatoriamente terá que instituir - mediante lei de iniciativa do seu Poder Executivo - regime de previdência complementar para os seus servidores titulares de cargo efetivo (art. 40, § 15).

386 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marcelo Alsxandrino & V/centa Paulo

A instituição do regime de previdência complementar dos servidores titulares de cargo efetivo, portanto, é obrigatória para a pessoa política que pretenda estabelecer como teto dos proventos por ela pagos o limite de benefícios do RGPS, e será feita por meio de lei ordinária de iniciativa do Presidente da República, do Governador de estado ou do Distrito Federal, ou do Prefeito municipal, conforme o caso. Essa lei ordinária deve observar, no que couber, o art. 202 da Constituição (que trata do regime de previdência privada, de caráter complementar e facultativo, organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social). O regime de previdência complementar dos servidores titulares de cargo efetivo ficará a cargo de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida (art. 40, § 15).¹¹⁶ O § 16 do art. 40, introduzido pela EC 20/1998 - e não alterado na segunda reforma -, garante que o servidor que tenha ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar somente a ele estará sujeito se prévia e expressamente formalizar opção nesse sentido. O § 18 do art. 40, acrescentado pela EC 41/2003, detalha a regra de cobrança de contribuição previdenciária dos aposentados e pensionistas. A partir da publicação dessa emenda, passa a incidir contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime próprio de previdência dos servidores civis que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos (atualmente 11 %). A regra é bastante simples. Supondo, para efeito de ilustração, que fosse de R\$ 4.200,00 o limite máximo do RGPS, um aposentado que percebesse 118 Na esfera federal, a Lei 12.618/2012 Instituiu o regime de previdência complementar para os servidores públicos

federais titulares de cargo efetivo da União, suas autarquias e fundações, inclusive para os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público da União e do Tribunal de Contas da União. Essa lei autorizou a criação de três entidades fechadas de previdência complementar - Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo (Funpresp-Exe), Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Legislativo (Funpresp-Leg) e Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário (Funpresp-Jud) - e determinou que elas sejam estruturadas na forma de fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado dotadas de autonomia administrativa, financeira e gerencial, integrantes da administração indireta federal. O Decreto 7.806/2012 criou a Funpresp-Exe, vinculada ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. A Funpresp-Jud foi criada pela Resolução STF 496/2012, para os membros e os servidores do Poder Judiciário da União, do Ministério Público da União e do Conselho Nacional do Ministério Público. O Plano de Benefícios do Poder Legislativo Federal (LegisPrev), abrangendo a Câmara dos Deputados, o Senado Federal e o Tribunal de Contas da União, é administrado pela Funpresp-Exe, conforme estabelecido em convênio de adesão.

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 387

R\$ 6.000,00 de proventos pagaria 11 % de contribuição previdenciária sobre aquilo que exceder R\$ 4.200,00, ou seja, pagaria, mensalmente, R\$ 198,00 ao ente político do qual recebesse seus proventos. A EC 47/2005 acrescentou o § 21 ao art. 40, prevendo que essa contribuição previdenciária dos aposentados e pensionistas incidirá apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e de pensão que superem o dobro do teto do RGPS, quando o beneficiário, na forma da lei, for portador de doença incapacitante. É oportuno registrar, ainda, que as alíquotas cobradas pelos estados, DF e municípios, tanto de seus servidores como de seus aposentados e pensionistas, não poderão ser inferiores à alíquota cobrada pela União. Tal vedação foi obra da EC 41/2003, que alterou o § 1.º do art. 149 da Carta da República, cuja redação atual transcrevemos:

§ 1.º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União.

É também relevante anotar que a EC 41/2003, em seu art. 4.º, prevê a cobrança da contribuição previdenciária mesmo dos que já eram aposentados ou pensionistas na data de sua publicação, bem como daqueles que já haviam, nessa data, adquirido direito ao

benefício. A alíquota da contribuição será idêntica à dos servidores ativos. Entretanto, é extremamente importante registrar que os incisos I e II do art. 4.º da EC 41/2003 foram declarados parcialmente inconstitucionais pelo STF. Esses incisos, aplicáveis aos que já eram aposentados ou pensionistas na data de sua publicação, bem como àqueles que já haviam, nessa data, adquirido direito ao benefício, estabeleciam bases de cálculo diferentes (mais gravosas) daquela estabelecida no § 18 do art. 40, aplicável aos futuros aposentados e pensionistas sujeitos às regras permanentes introduzidas pela segunda reforma da previdência (os que não farão jus a proventos integrais). Consoante o art. 4.º da EC 41/2003, os já aposentados ou pensionistas, e aqueles com direito adquirido na data da publicação da emenda, sofreriam incidência da contribuição sobre a parcela dos proventos e das pensões que superasse:

a) 50% do teto do RGPS no caso dos inativos e pensionistas dos estados, do Distrito Federal e dos municípios; b) 60% do teto do RGPS no caso dos inativos e pensionistas da União.

388 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marcelo Alexandrino & Vicente Paulo

No julgamento das ADI 3.105/DF e 3.128/DF, rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, em 18.08.2004, o Supremo Tribunal Federal, "considerando o caráter unitário do fim público dos regimes geral de previdência e dos servidores públicos e o princípio da isonomia", concluiu que a base de cálculo das contribuições dos servidores públicos aposentados e dos seus pensionistas deve ser idêntica e deve a contribuição, em qualquer caso, incidir somente sobre o que ultrapassar o teto do RGPS. Dessa forma, "declarou-se, por unanimidade, a inconstitucionalidade das expressões 'cinquenta por cento do' e 'sessenta por cento do' constantes, respectivamente, dos incisos I e II do parágrafo único do art. 4.º da EC 41/2003, pelo que se aplica, à hipótese do art. 4.º da EC 41/2003, o § 18 do art. 40 do texto permanente da Constituição, introduzido pela mesma Emenda constitucional" (Informativo 357 do STF). Em resumo, em razão da determinação do STF, o § 18 do art. 40 da Constituição, incluído pela EC 41/2003, deve ser aplicado a todo e qualquer aposentado e pensionista dos RPPS previstos nesse art. 40 da Carta Política. Portanto, qualquer que seja a data da aposentadoria ou do início do recebimento da pensão, os servidores públicos e seus pensionistas estarão sujeitos à contribuição previdenciária incidente apenas sobre o valor dos proventos que ultrapassar o limite máximo dos proventos pagos pelo RGPS. Para finalizarmos o tema "cobrança de contribuição previdenciária dos aposentados do serviço público e seus pensionistas", é

necessário enfatizar que os inúmeros questionamentos sobre a sua constitucionalidade, além das posições veementemente a ela contrárias, restaram todos sepultados no mesmo julgamento das ADI 3.105/DF e 3.128/DF pelo STF. É verdade que essas ações diretas de inconstitucionalidade referiam-se mais especificamente à cobrança da contribuição dos servidores já aposentados e seus pensionistas, ou daqueles com direitos adquiridos já consolidados, na data da publicação da EC 41/2003. Entretanto, pelo posicionamento da nossa Corte Máxima, podemos afirmar, sem receio, que hoje se deve considerar constitucional a incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos de qualquer aposentado ou pensionista sujeito ao regime próprio de previdência do art. 40 da Constituição, não importa a data da aposentadoria ou do início do direito à pensão (vide Informativo 357 do STF). O § 19 do art. 40, acrescentado pela EC 41/2003, criou uma figura literalmente denominada "abono de permanência". Esse "abono" equivale, financeiramente, à dispensa do pagamento da contribuição previdenciária para o servidor que permaneça em atividade após ter completado os requisitos para requerer a aposentadoria voluntária não proporcional, estabelecidos no § 1.º, III, "a", do art. 40 da Constituição (sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem; cinquenta e cinco anos de idade e trinta

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 389

de contribuição, se mulher; dez anos de efetivo exercício no serviço público; cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria). O servidor fará jus ao abono enquanto permanecer na ativa, até o limite de setenta anos, idade em que é alcançado pela aposentadoria compulsória. A EC 41/2003 confere direito ao abono de permanência, também, aos servidores que ingressaram no serviço público antes da EC 20/1998 e, podendo requerer aposentadoria voluntária nos termos das regras de transição constantes do art. 2.º da EC 41/2003, não o façam (art. 2.º, § 5.º, da EC 41/2003), bem como aos servidores com direito adquirido à aposentadoria na data da publicação da EC 41/2003 que permaneçam na ativa (art. 3.º, § 1.º, da EC 41/2003). O objetivo da criação desse abono de permanência é bastante óbvio. É mais interessante para o erário deixar de receber o valor da contribuição previdenciária do servidor do que pagar a ele proventos de aposentadoria e, além disso, despender recursos com a remuneração de um outro servidor que terá que ser contratado, mais cedo ou mais tarde, para substituir o que se aposentou. As hipóteses de concessão de aposentadoria pelo regime próprio dos servidores públicos estatutários estão descritas no § 1.º do art. 40 da Constituição, abaixo transcrito:

§ 1.0 Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3.0 e 17: I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei; II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição; III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

390 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marcelo Alexandrino & Vitor C. F. de Paula

Examinemos cada uma dessas modalidades de aposentadoria:

1) por invalidez permanente;

Vimos anteriormente que, a partir da EC 41/2003, deixou de existir menção expressa, no corpo permanente da Constituição, à figura da "aposentadoria com proventos integrais". Comentamos, também, que ainda fazem jus a ela: (a) servidores que ingressaram no serviço público antes da referida emenda constitucional e que se enquadrem em regras de transição previstas expressamente na própria EC 41/2003 e em outras emendas constitucionais, que não vêm a propósito para a presente exposição; e (b) servidores que se aposentem por invalidez decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei. Essa última hipótese demanda uma explicação adicional, uma vez que a simples leitura do § 1.º do art. 40 da Carta Política, acima transcrito, levaria a concluir que os proventos da aposentadoria por invalidez decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável prevista em lei também deveriam ser calculados com base em uma média das remunerações sobre as quais o servidor pagou contribuição previdenciária, atualizadas monetariamente, na forma da lei. Isso porque, expressamente, o art. 40, § 1.0, manda calcular os proventos a partir do disposto em seus §§ 3.º e 17. Acontece, entretanto, que os §§ 3.0 e 17 do art. 40 do Texto Magno estão regulamentados pela Lei 10.887/2004. E o Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que a regulamentação estabelecida por essa lei só se aplica aos casos gerais de aposentadoria, mas não tem

aplicação à hipótese específica e excepcional de aposentadoria por invalidez decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável prevista em lei. Dessa forma, como o inciso I do § 1.º do art. 40, com a redação introduzida pela EC 41/2003, é uma norma constitucional de eficácia limitada, a falta de regulamentação legal impede que ela produza seus integrais efeitos, permanecendo aplicável a disciplina anterior, que, incontroversamente, dava direito a aposentadoria com proventos integrais nos casos de invalidez decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável prevista em lei. 117 111 AI 845.803/MG, rei. Min. Gilmar Mendes, 18.05.2011; ARE-A 1R 683.686/GO, rei. Min. Cármen Lúcia, 18.09.2012; RE-AgR 678.148/MS, rei. Min. Celso de Mello, 27.11.2012; RE 656.860/ MT (repercussão geral), rei. Min. Teori Zavascki, 21.08.2014 (vide Informativo 755 do STF).

Csp. T • SERVIDORES PÚBLICOS 391

Em suma, devemos considerar que, do inciso J do § 1.º do art. 40 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 41/2003, resulta que:

a) a aposentadoria por invalidez permanente será, em regra, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição; b) quando a invalidez for decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei, há uma exceção constitucional específica, a qual, por impedir a aplicação da regulamentação genérica dos §§ 3.º e 17 do art. 40, contida na Lei 10.887/2004, implica reconhecer a esses servidores o direito a aposentadoria com proventos integrais, conforme a disciplina existente antes da EC 41/2003.

É importante registrar, ainda, que, de acordo com a jurisprudência consolidada no âmbito de nossa Corte Suprema, compete à lei ordinária especificar as enfermidades graves, contagiosas ou incuráveis que ensejam a aposentadoria por invalidez permanente com direito a proventos integrais - e a enumeração legal de tais doenças tem natureza taxativa. Todos esses aspectos aqui expendidos encontram-se didaticamente sintetizados em acórdão do Supremo Tribunal Federal prolatado em recurso extraordinário julgado na sistemática da repercussão geral, de cuja ementa vale reproduzir o trecho seguinte (grifamos): 118

1. O art. 40, § 1.º, I, da Constituição Federal assegura aos servidores públicos abrangidos pelo regime de previdência nele estabelecido o direito a aposentadoria por invalidez com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. O benefício será devido com proventos Integrais quando a invalidez for decorrente de acidente em serviço, moléstia

profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, "na forma da lei". 2. Pertence, portanto, ao domínio normativo ordinário a definição das doenças e moléstias que ensejam aposentadoria por invalidez com proventos integrais, cujo rol, segundo a jurisprudência assentada pelo STF, tem natureza taxativa.

2) compulsória, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

Consoante a firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as nonnas da Constituição Federal que dispõem acerca da aposentadoria dos servidores 11e RE 656.860/MT (repercussão geral), rei. Min. Teori Zavascki, 21.06.2014 (vide Informativo 755 do STF).

392 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marcelo Alexandrino & Vicente Paulo

efetivos estatutários são de observância obrigatória pelas Constituições estaduais e pelas Leis Orgânicas dos municípios. Com base nesse entendimento, nossa Corte Máxima, em mais de uma ocasião, julgou inconstitucionais dispositivos de Constituições de estados-membros que pretenderam fixar em setenta e cinco anos a idade para a aposentadoria compulsória de servidores estaduais e municipais.¹¹⁹ Em síntese, a aposentadoria compulsória tem que se dar aos setenta anos, para os servidores públicos federais, estaduais, distritais e municipais, sem exceção alguma, enquanto for essa a idade prevista no texto da Constituição Federal.

3) voluntária, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: 3 .1. aos sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher: com proventos calculados, na forma da lei, a partir das remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência próprio e geral, devidamente atualizadas; 3.2. aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher: com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

O Supremo Tribunal Federal já deixou assente que os cinco anos de exercício no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria não precisam ser ininterruptos.¹²⁰ Para atender a essa exigência constitucional, o servidor precisa apenas ter cumprido o tempo de exercício de cinco anos no cargo em que se aposentará, mesmo que esse tempo não tenha sido contínuo, isto é, admite-se que sejam somados períodos não contínuos de exercício, quando entre eles tenham ocorrido interrupções por qualquer motivo. No caso de

professor ou professora que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, o tempo de contribuição e o limite de idade são reduzidos em 5 anos para a concessão de aposentadoria voluntária concedida com base na alínea "a" do inciso III do § 1.º do art. 40 da Constituição da República (CF, art. 40, § 5.º).¹² 119 ADIMC 4.696/DF, rei. Min. Ricardo Lewandowski, 01.12.2011; ADIMC 4.698/MA, rei. Min. Joaquim Barbosa, 01.12.2011. 120 RE-AgR 541.614fSP, rei. Min. Gilmar Mendes, 26.06.2012. 121 Esse dispositivo está regulamentado pelo § 2.º do art. 67 da Lei 9.394/1996 (incluído pela Lei 11.301/2006) cuja redação é a seguinte: "Para os efeitos do disposto no § 5.º do art. 40 e no § 8.º do art. 201 da Constituição Federal, são consideradas funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 393

Assim, o professor pode aposentar-se aos 55 anos de idade e 30 de contribuição e a professora aos 50 anos de idade e 25 de contribuição, com proventos calculados, na forma da lei, a partir das remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência peculiar e geral, devidamente atualizadas, consoante estabelecido nos §§ 3.º e 17 do art. 40 da Carta Política. Segundo a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, esse tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio vale, unicamente, para a concessão ao servidor da aposentadoria especial de professor ("a aposentadoria especial de professor pressupõe o efetivo exercício dessa função, com exclusividade, pelo tempo mínimo fixado na Constituição da República"). Significa dizer: ou o servidor comprova o tempo total exigido (30 anos para o homem e 25 anos para a mulher), caso em que fará jus à aposentadoria especial de professor, ou, se não tiver exercido na função de magistério todo o tempo necessário para a aposentadoria especial de professor, terá que se submeter, integralmente, às regras da aposentadoria comum, sem possibilidade de contar de forma diferenciada o tempo em que exerceu o magistério. Por outras palavras: o STF não admite que, na análise de pedido de aposentadoria comum, o tempo de magistério seja considerado "tempo de atividade sob condições especiais", para o fim de conversão em tempo comum (mediante a aplicação de um multiplicador ou "fator de conversão"), pois não é permitido "fundir normas que regem a contagem do tempo de serviço para as aposentadorias normal e especial, contando proporcionalmente o tempo de serviço exercido em funções diversas", haja vista que "a aposentadoria especial é a exceção, e, como tal, sua interpretação só pode ser restritiva".²²

educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico." No julgamento da ADI 3.772/DF, red. p/ o acórdão Mln. Ricardo Lewandowski, em 29.10.2008, o STF decidiu conferir interpretação conforme a Constituição a esse dispositivo legal, deixando assente que as atividades de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico também gozam do benefício da aposentadoria especial, desde que sejam exercidas por professores - excluídos os especialistas em educação a que se refere o § 2.0 do art. 67 da Lei 9.394/1996, salvo, é claro, se forem também professores (vide Informativo 526 do STF). 1 22 ADI 178/RS, rei. Min. Maurício Corrêa, 22.02.1996; RE-AgR 288.640/PR, rei. Mln. Joaquim Barbosa, 06.12.2011. Cabe registrar, também, o ARE 703.550/PR, rei. Min. Gilmar Mendes, 02.10.2014, que, embora originado de um caso concreto concernente a aposentadoria pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS), foi decidido no mérito para reafirmar, com repercussão geral, a jurisprudência do STF quanto à impossibilidade de considerar-se o tempo de magistério como tempo de serviço prestado sob condições especiais para o fim de conversão em tempo de serviço comum (e conseqüente redução do tempo total necessário para a obtenção da aposentadoria comum).

394 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marcelo Alexandrino & Vicenta Paulo

Finalizando este tópico, convém repisar que a EC 41/2003 estabeleceu diferentes regras de transição para quem já se encontrava no serviço público, variando a regra conforme a data de ingresso ou a situação jurídica do servidor. A EC 47/2005 e a EC 70/2012 também introduziram regras de transição aplicáveis aos servidores que ingressaram no serviço público antes da publicação da EC 41/2003, tendo ambas proporcionado alguma atenuação a perdas de direitos que haviam sido impostas pela EC 41/2003. Em razão de sua especificidade, tais regras não serão detalhadas nesta obra.

5. DISPOSIÇÕES LEGAIS APLICÁVEIS AOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS (ESTATUTÁRIOS)

5.1. Introdução

As mais importantes disposições legais reguladoras das relações jurídicas entre os servidores públicos estatutários e a administração pública federal encontram-se na Lei 8.112/1990 (já bastante alterada por uma grande quantidade de leis posteriores). Essa lei

foi editada em atenção ao comando originariamente constante do caput do art. 39 da Constituição de 1988. Conforme já estudamos, tal dispositivo determina à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios a instituição de regime jurídico único para seus servidores integrantes das respectivas administrações diretas, autarquias e fundações públicas. Com a promulgação da EC 19/1998, modificou-se a redação do caput do art. 39 da Constituição, deixando de ser prevista a obrigatória adoção de um único regime jurídico aplicável a todos os agentes da administração direta, das autarquias e das fundações públicas dos diferentes entes federados. Essa alteração, entretanto, não teve nenhum reflexo direto sobre a Lei 8.112/1990. Desde sua publicação, ela sempre foi, e continua sendo, a lei aplicável a todos os agentes públicos integrantes da administração direta, das autarquias e das fundações públicas federais admitidos sob regime jurídico estatutário (servidores públicos em sentido estrito). Cabe lembrar que, a partir do julgamento da ADI 2.135/DF, em 02.08.2007, foi suspensa a redação do caput do art. 39 da Constituição dada pela EC 19/1998, e restaurada a redação originária desse dispositivo. Consoante já mencionamos, não obstante o decidido liminarmente na ADI 2.135/DF, permanece válida a Lei 9.962/2000, que estabelece o regime jurídico dos empregados públicos (regime contratual celetista) eventualmente contratados, antes de 02.08.2007, para atuar na administração direta, autárquica e fundacional federal, porquanto são prospectivos (ex nunc) os efeitos dessa decisão do Supremo Tribunal Federal. De toda forma, deve ficar claro o âmbito de aplicação da Lei 8.112/1990: ela rege todos os servidores públicos estatutários federais.

5.2. Cargos e funções públicas

Consoante o art. 3.º da Lei 8.112/1990, cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional da administração que devem ser cometidas a um servidor. Os cargos públicos são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão. Vê-se que todo cargo, por representar um conjunto de atribuições, obrigatoriamente está relacionado a uma função pública. É possível haver agentes públicos com função pública e sem cargo, mas não o inverso. Os cargos públicos podem ser de provimento efetivo, sempre exigindo aprovação prévia em concurso público para seu preenchimento, ou de provimento em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração. As funções públicas podem ser autônomas, que são funções provisórias destinadas a atender necessidades temporárias ou transitórias, como as desempenhadas

no caso de contratação por prazo determinado. De outra parte, as funções de confiança, previstas no art. 37, inciso V, da Constituição de 1988, obrigatoriamente devem ser exercidas por servidores ocupantes de cargos efetivos. As funções de confiança, assim como os cargos em comissão, destinam-se exclusivamente a atribuições de direção, chefia e assessoramento. O servidor ocupante de cargo em comissão ou função de confiança submete-se a regime de integral dedicação ao serviço, podendo ser convocado sempre que houver interesse da administração (Lei 8.112/1990, art. 19, § 1.º). Não obstante a regra do parágrafo anterior, o servidor ocupante de cargo em comissão poderá ser nomeado para ter exercício, interinamente (provisoriamente), em outro cargo de confiança, sem prejuízo das atribuições do que estiver ocupando, hipótese em que deverá optar pela remuneração de um deles durante o período da interinidade (Lei 8.112/1990, art. 9.0, parágrafo único). O servidor que acumular licitamente dois cargos efetivos, quando investido em cargo de provimento em comissão, ficará afastado de ambos os cargos efetivos, salvo na hipótese em que houver compatibilidade de horário e local com o exercício de um deles, declarada pelas autoridades máximas dos órgãos ou entidades envolvidos (Lei 8.112/1990, art. 120). Os servidores ocupantes de cargo público submetem-se a regime estatutário, que, conforme antes explicado, é um regime legal (não contratual). O regime estatutário é próprio das pessoas jurídicas de direito público. Como não há um "contrato de trabalho", e o regime jurídico decorre diretamente da lei, qualquer alteração na lei altera o regime jurídico do ocupante de cargo público. Por outras palavras, não existe direito adquirido à manutenção do regime jurídico do servidor público; o regime jurídico pode ser alterado unilateralmente, com a simples alteração da lei de regência.

5.3. Provimento

Provimento é o ato administrativo por meio do qual é preenchido cargo público, com a designação de seu titular. Os cargos públicos podem ser de provimento efetivo ou de provimento em comissão. A Lei 8.112/1990 apresenta, em seu art. 8.0, as formas de provimento de cargo público, a saber:

a) nomeação; b) promoção; c) readaptação; d) reversão; e) aproveitamento; f) reintegração; e g) recondução.

5.3.1. Provimento originário e provimento derivado

As formas de provimento em cargo público são tradicionalmente classificadas em:

a) formas de provimento originárias; e b) formas de provimento derivadas.

Provimento originário é o preenchimento de classe inicial de cargo não decorrente de qualquer vínculo anterior entre o servidor e a administração. A única forma de provimento originário atualmente compatível com a Constituição é a nomeação e, para os cargos efetivos, depende sempre de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (CF, art. 37, II). Provimento derivado é o preenchimento de cargo decorrente de vínculo anterior entre o servidor e a administração. As formas de provimento derivado enumeradas no art. 8.º da Lei 8.112/1990 são a promoção, a readaptação, a reversão, o aproveitamento, a reintegração e a recondução. Para explicarmos o conceito de provimento derivado, tomemos o exemplo do aproveitamento, que é, inclusive, instituto expressamente mencionado no texto constitucional (CF art. 41, § 3.º).

Aproveitamento é o preenchimento de cargo por servidor que fora posto em disponibilidade (devido à extinção do cargo que ocupava, ou à declaração de sua desnecessidade). Esse cargo, preenchido por aproveitamento, não é o mesmo no qual o servidor havia sido originariamente investido, o qual pode, inclusive, não mais existir. É evidente que o provimento do cargo por aproveitamento decorre do vínculo anteriormente existente entre o servidor aproveitado e a administração. Significa que a causa necessária e suficiente para o provimento desse novo cargo é justamente a existência de uma relação anterior entre o servidor e a administração. Não há, nesse caso, concurso público ou nomeação. A única exigência evidente é que o cargo provido por aproveitamento guarde razoável equivalência de natureza, complexidade das atribuições, grau de responsabilidade e nível de remuneração com o anteriormente ocupado. Isso para que o instituto não seja utilizado como forma disfarçada de ascensão no serviço público sem realização de concurso público compatível com o nível de complexidade do cargo. Aliás, por esse exato motivo, duas outras formas de provimento derivado anteriormente previstas no mesmo art. 8.º da Lei 8.112/1990, a ascensão e a transferência, foram fulminadas pelo STF (ADI 23 I, ADI 837 e outras). Todas as referências que a lei fazia a tais formas, bem como ao acesso (sinônimo de ascensão), foram declaradas inconstitucionais pelo Tribunal Maior. Justamente tais formas de provimento davam ensejo ao preenchimento de cargos de natureza, grau de complexidade e remuneração diversos daqueles do cargo no qual o servidor fora originariamente investido, representando afronta evidente à exigência de ingresso por concurso público compatível com a complexidade do cargo a ser exercido (CF, art. 37, II). Dada a orientação da Corte Máxima, essas formas de provimento acabaram sendo expressamente revogadas pela Lei

9.527/1997. É interessante registrar a classificação proposta pelo Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo a qual podemos ter provimento derivado vertical, horizontal ou por reingresso. Em virtude de sua clareza, transcrevemos a lição do eminente administrativista (grifamos):

Provimento derivado vertical é aquele em que o servidor é guindado para cargo mais elevado. Efetua-se através de promoção. (...) Provimento derivado horizontal é aquele em que o servidor não ascende, nem é rebaixado em sua posição funcional. Com a extinção legal ela transferência, o único provimento derivado horizontal é a readaptação. (...) O provimento derivado por reingresso é aquele em que o servidor retoma ao serviço ativo do qual estava desligado. Compreende as seguintes modalidades: a) reversão; b) aproveitamento; c) reintegração; e d) recondução.

Por último, é importante registrar que o Supremo Tribunal Federal, em fins de 2003, editou a Súmula 685, que tem a redação bastante incisiva, abaixo transcrita. 685 - É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

Apesar de sua redação categórica, deve-se entender que a Súmula 685 do STF esclarece que inconstitucionais, em princípio, são as formas de provimento derivado que impliquem investidura do servidor em um cargo estranho àquele para o qual ele originariamente prestou concurso público. Além disso, há pelo menos três formas de provimento derivado expressamente previstas no texto constitucional, a saber, a reintegração, o aproveitamento e a recondução (CF, art. 41, §§ 2.º e 3.º). Essas formas de provimento, por estarem mencionadas na própria Constituição da República, devem ser tidas por perfeitamente legítimas, independentemente de outras considerações. O aproveitamento, aliás, é modalidade de provimento derivado explicitamente prevista na Constituição, que propicia ao servidor investir-se, sem novo concurso, em cargo diferente daquele para o qual ele foi originalmente nomeado em virtude de concurso público -(observe-se que a Constituição, no § 3.º do art. 41, refere-se a "aproveitamento em outro cargo"). Outras formas de provimento, entretanto, não estão mencionadas no texto constitucional, mas tão somente na lei. É exemplo a readaptação, prevista, na esfera federal, no art. 24 da Lei 8.112/1990. A readaptação é a investidura do servidor em cargo de atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental. Nessa hipótese, o servidor ingressará em um cargo estranho àquele para o qual ele prestou concurso público originalmente. Segundo pensamos, trata-se de

modalidade de provimento derivado de constitucionalidade bastante discutível. Não obstante, até hoje, não houve decisão do STF que considerasse inconstitucional, especificamente, a readaptação. De outra parte, a súmula em comento não diz respeito a todas as formas de provimento derivado. Com efeito, algumas delas não implicam investir o servidor em cargo diferente do seu cargo original, para o qual ele foi nomeado mediante concurso público, porquanto acarretam retomo ao mesmo cargo do qual ele se havia desligado por algum motivo (é o caso da reintegração, da reversão, da recondução). Não temos dúvida de que tais formas de provimento são perfeitamente legítimas, mesmo que não estejam expressamente previstas no texto constitucional. Tomemos o exemplo da reversão, que não tem base constitucional expressa, mas está prevista, na esfera federal, no art. 25 da Lei 8.112/1990

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 399

(redação dada pela Medida Provisória 2.225-45/2001). A reversão é o retomo à atividade do servidor aposentado, sendo que ele retoma para o mesmo cargo em que se aposentou (ou no cargo resultante de transformação deste). Nessa situação, é incontroverso que o servidor, originalmente, prestou concurso para aquele cargo ao qual ele está voltando, embora a reversão seja um provimento derivado (porque não decorre diretamente do concurso, e sim do vínculo anterior do aposentado com a administração pública). Em síntese, entendemos que as formas de provimento derivado textualmente mencionadas na Constituição - **a reintegração, o aproveitamento e a recondução** -, bem como aquelas que, mesmo sem base constitucional expressa, não impliquem ingresso do servidor em cargo diverso daquele para o qual ele foi originalmente nomeado em virtude de concurso público, são plenamente constitucionais. Diversamente, as formas de provimento derivado não referidas na Constituição, que resultem em investidura do servidor em cargo para o qual ele não foi aprovado em concurso público, são, para o Pretório Excelso, inconstitucionais. Frise-se, todavia, que algumas - a exemplo da readaptação - integram o nosso ordenamento jurídico e assim permanecerão enquanto os dispositivos legais que as mencionam não forem revogados, ou que haja sentença judicial com eficácia erga omnes afastando a sua aplicação.

5.3.2. Concurso público

Vimos no tópico precedente que a única forma legítima de provimento originário hoje existente é a nomeação. E que a nomeação para um cargo público de provimento efetivo depende sempre de prévia aprovação em concurso público. As disposições

constitucionais e a farta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito dos concursos públicos foram estudadas detalhadamente em pontos anteriores deste capítulo, especialmente quando examinamos os incisos II a IV do art. 37 da Carta da República. Por essa razão - e porque a Lei 8.112/1990 praticamente nada acrescenta à matéria -, limitar-nos-emos, neste passo, a expor os dispositivos pertinentes do estatuto federal. Confonne o art. 11 da Lei 8. 112/1 990, o certame será de provas ou de provas e títulos (notem que não existe concurso público sem provas), podendo ser realizado em duas etapas, confonne dispuserem a lei e o regulamento do respectivo plano de carreira. Para inscrever-se, deverá o candidato pagar um valor, fixado no edital. Segundo a lei, a cobrança desse valor só será admitida quando indispensável ao custeio do certame. E, mesmo nesses casos, deve haver hipóteses de isenção expressamente previstas no edital. No âmbito do Poder Executivo federal, a referida isenção está regulamentada pelo Decreto 6.593/2008.

400 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO• Marcelo Alexandrino & Vicente Paulo

O concurso público terá validade de até dois anos, podendo ser prorrogado uma única vez, por igual período (art. 12). O prazo de validade do concurso e as condições de sua realização serão fixados em edital, que será publicado no Diário Oficial da União e em jornal diário de grande circulação. Uma regra importante está averbada no § 2.0 do art. 12: "Não se abrirá novo concurso enquanto houver candidato aprovado em concurso anterior com prazo de validade não expirado". Trata-se de preceito mais restritivo do aquele que deflui da obscura redação do inciso IV do art. 37 da Constituição, já estudado, segundo o qual, "durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira". A nosso ver, a limitação introduzida pelo sobrecitado § 2.0 do art. 12 da Lei 8.112/1990 é perfeitamente legítima, porquanto amplia as garantias dos administrados, em perfeita consonância com princípios constitucionais administrativos tais quais os da moralidade e da eficiência. Por fim, é oportuno lembrar que o inciso VIII do art. 37 de nossa Carta Política determina que lei ordinária de cada ente federado reserve percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência e defina os critérios de admissão delas. Atendendo ao comando constitucional, a Lei 8.112/1990 reserva a candidatos com deficiência até vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos públicos para os cargos por ela regidos, desde que as respectivas atribuições sejam compatíveis com a deficiência

do postulante à vaga, ou seja, o candidato. só não pode apresentar uma limitação em suas capacidades ou habilidades de magnitude tal que chegue a impossibilitar o exercício do cargo (art. 5.0, § 2.0).

5.3.2.1 Reserva de vagas para candidatos negros em concursos públicos (Lei 12.990/2014)

Em junho de 2014, foi publicada a Lei 12.990/2014, que, conforme sua ementa, "reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União". O art. 1.0 da lei estabelece, praticamente repetindo a ementa, que "ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 401

públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na fonna desta Lei". A reserva de vagas prevista na Lei 12.990/2014 será aplicada sempre que o número de vagas oferecidas no concurso público for igual ou superior a três (art. 1.º, § 1.º). Diz o § 2.0 do art. 1.0 que, na hipótese de quantitativo fracionado para o número de vagas reservadas a candidatos negros, ele será aumentado para o primeiro número inteiro subsequente, em caso de fração igual ou maior que 0,5 (cinco décimos), ou diminuído para número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor que 0,5 (cinco décimos). Essa regra de arredondamento é perfeitamente compatível com o disposto no § 1.0: no caso do concurso com três vagas, a aplicação do percentual de vinte por cento resultará em seis décimos - fração maior do que cinco décimos - e, portanto, haverá o arredondamento para cima. Das três vagas, então, uma será reservada a candidato negro. O critério para o candidato concorrer a uma vaga reservada é o da autodeclaração. Com efeito, o art. 2.º da lei estatui que "poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE". Uma curiosidade é que a lei utiliza o vocábulo "negros" para designar os grupos que o IBGE classifica como "pretos e pardos". Os grupos de defesa dos direitos dos negros, de um modo geral, preferem,

realmente, a designação "negros", em vez de "pretos" ou "pardos" (o Estatuto da Igualdade Racial - Lei 12.288/2010 - chama esse grupo de "população negra"). O parágrafo único do art. 2.º preceitua que, "na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis". Antevemos dificuldades de monta na aplicação desse último dispositivo, pela singela razão de que, a nosso ver, não se pode reconhecer a qualquer órgão nenhum o poder de determinar se uma pessoa prestou "declaração falsa" quanto a ser "negra". Afinal, a própria lei explicita - e jamais se poderia cogitar algo diferente disso - que o único critério para o enquadramento da pessoa como "negra" é o da autodeclaração! O art. 3.º da Lei 12.990/2014 contém regras, a seguir expostas, que, além de serem bastante lógicas, são autoexplicativas. Os candidatos negros concorrerão concomitantemente às vagas reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classi-

402 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marro/o Alexandrino & Vicente Paulo

ficção no concurso (art. 3.º). Os candidatos negros aprovados dentro do número de vagas oferecido para ampla concorrência não serão computados para efeito do preenchimento das vagas reservadas (art. 3.º, § 1.º). Em caso de desistência de candidato negro aprovado em vaga reservada, a vaga será preenchida pelo candidato negro posteriormente classificado (art. 3.º, § 2.º). Na hipótese de não haver número de candidatos negros aprovados suficiente para ocupar as vagas reservadas, as vagas remanescentes serão revertidas para a ampla concorrência e serão preenchidas pelos demais candidatos aprovados, observada a ordem de classificação (art. 3.º, § 3.º). A nomeação dos candidatos aprovados respeitará os critérios de alternância e proporcionalidade, que consideram a relação entre o número de vagas total e o número de vagas reservadas a candidatos com deficiência e a candidatos negros (art. 4.º). Essa regra do art. 4.º funciona da seguinte forma: houve um concurso hipotético para um cargo público federal com cem vagas, sendo vinte reservadas para negros (percentual obrigatório) e dez para candidatos com deficiência. Foram aprovados cem candidatos (não sobrou vaga). A administração deseja, em um primeiro momento, nomear trinta candidatos. Deverá, então, nomear vinte e um aprovados nas vagas de ampla concorrência, seis aprovados nas vagas reservadas para negros e três aprovados nas vagas reservadas para candidatos com deficiência. A Lei

12.990/2014 entrou em vigor na data de sua publicação (10 de junho de 2014) e terá vigência pelo prazo de dez anos. Não é demasiado repisar que ela só tem aplicação no âmbito "da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União".

5.3.3. Formas de provimento dos cargos públicos

5.3.3.1. Nomeação

A nomeação é a única forma de provimento originário atualmente compatível com a Constituição da República. A nomeação pode dar-se em caráter efetivo ou em comissão, essa última não exigindo concurso público. A nomeação para cargo em comissão pode tanto recair sobre pessoa sem qualquer vínculo anterior com o serviço público quanto sobre quem já seja integrante dos quadros funcionais da administração pública - o que não descaracteriza o provimento como originário, já que a causa da nomeação em comissão não é a relação existente entre o servidor e a administração.

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS

Uma regra prática é a seguinte: sempre que o provimento decorrer de concurso público haverá nomeação e o provimento será efetivo e originário. Se Fulano ingressou em um hospital federal por concurso no cargo de enfermeiro, mais tarde concluiu o curso de medicina e deseja exercer tal profissão no mesmo hospital, terá que fazer novo concurso, para o cargo de médico. Se aprovado, será nomeado no cargo e depois tomará posse. Embora Fulano possuísse um vínculo anterior com a mesma administração, nenhuma relação há entre o provimento desse cargo de médico e o seu cargo anterior. A causa necessária e suficiente de sua nomeação como médico é, exclusivamente, a sua aprovação no novo concurso; o provimento do cargo de médico, portanto, é originário (sua causa não é o anterior vínculo de Fulano com a administração no cargo de enfermeiro). Assim, a nomeação em caráter efetivo depende de prévia aprovação em concurso público compatível com a natureza e a complexidade do cargo a ser provido. A nomeação é um ato administrativo unilateral que não gera, por si só, qualquer obrigação para o nomeado, mas sim o direito subjetivo de formalizar o vínculo funcional com a administração pública, por meio da posse, tornando-se, então, servidor público. Diferentemente, a nomeação para cargos em comissão nunca é precedida de concurso público. É um ato discricionário e que sequer precisa de motivação. A exoneração, nos cargos em comissão, segue a mesma regra: é um ato discricionário e independe de motivação. O servidor ocupante exclusivamente de cargo em comissão nunca adquire estabilidade. O nomeado tem o prazo de trinta dias, contados da nomeação, para tomar posse, salvo nos casos de

licença ou afastamento, hipótese em que se inicia a contagem a partir do término do impedimento. Se não tomar posse no prazo previsto, o nomeado não chega a aperfeiçoar o vínculo com a administração, e o ato de provimento é tornado sem efeito (art. 13, § 6.º). Não é caso de anulação, porque não há vício no ato de nomeação, e também não cabe falar em exoneração, pois o nomeado não chegou a se tomar servidor. Por fim, uma observação faz-se oportuna: o servidor ocupante de cargo efetivo que deva assumir, também, uma função de confiança, não é "nomeado" para a função de confiança, mas sim designado. Ou seja, no caso de cometimento de função de confiança a um servidor, fala-se em "designação", e não em nomeação (não há, tampouco, "provimento" de função de confiança, porque não se trata de um cargo). Já o desligamento do servidor da função de confiança que ele exercia é chamado "dispensa", conforme se depreende do art. 35 da Lei 8.112/1990.

404 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO. Marcelo Alexandrino & V/C'1 nle Paulo

5.3.3.2. Readaptação

Readaptação é a forma de provimento derivado prevista no art. 24 da Lei 8.112/1990, mediante a qual o servidor, estável ou não, tendo sofrido uma limitação física ou mental em suas habilidades, torna-se inapto para o exercício do cargo que ocupa, mas, não configurada a invalidez permanente, pode ainda exercer outro cargo para o qual a limitação sofrida não o incapacita. O cargo provido por readaptação deverá ter atribuições afins às do anterior. Tem que ser respeitada a habilitação exigida, o nível de escolaridade e a equivalência de vencimentos. Na hipótese de inexistência de cargo vago, o servidor exercerá suas atribuições como excedente, até a ocorrência de vaga. Assim, fica claro que a readaptação não significa provimento de cargo "inferior" (nem "superior") pelo servidor que sofreu limitação em suas habilidades. Simplesmente, o novo cargo, para o seu exercício, não exige utilização da habilidade que o servidor teve reduzida. É a primeira opção da administração ante a perspectiva de aposentar o servidor por invalidez permanente, evidentemente muito mais vantajosa para ela, e também para o servidor, especialmente nos casos em que a aposentadoria a que ele faria jus resultaria em proventos de valores reduzidos. Vale lembrar que não há menção expressa à readaptação como forma de provimento no texto constitucional.

5.3.3.3. Reintegração

A reintegração é forma de provimento derivado expressamente prevista na Constituição (art. 41, § 2.º). Na Lei 8.112/1990, está tratada no art. 28. Ocorre a reintegração quando o servidor estável, anteriormente demitido, tem invalidada a sua demissão por decisão administrativa ou judicial. Ele retomará, então, ao cargo de origem, com ressarcimento de todas as vantagens a que teria feito jus durante o período de seu desligamento ilegal, inclusive às promoções por antiguidade que teria obtido nesse ínterim. Na hipótese de o cargo ter sido extinto, o servidor ficará em disponibilidade, até seu adequado aproveitamento-. Encontrando-se provido o cargo, o seu eventual ocupante, se estável, será reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, ou aproveitado em outro cargo, ou, ainda, posto em disponibilidade (nesse caso, com remuneração proporcional ao tempo de serviço). Esse eventual ocupante do cargo em que ingressará o servidor reintegrado deverá ser exonerado, se não for estável. É a única conclusão compatível com os dispositivos constitucionais e legais. Não conhecemos jurisprudência a respeito.

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 405

O texto constitucional detennina que a reintegração somente se aplica ao servidor estável. A Lei 8.112/1990 repete essa restrição. O que se pode concluir daí não é o absurdo de que o servidor não estável, demitido irregularmente, que tenha a demissão invalidada pela administração ou pelo Judiciário, simplesmente não retorne ao cargo. Também é absurdo cogitar que servidor não estável não possa ser demitido, mas somente exonerado, porque demissão é punição por falta disciplinar grave, aplicável a qualquer servidor, estável ou não. Pois bem, mesmo sem ter um nome específico, não há dúvida de que a demissão ilegal tem que ser anulada - pela administração pública ou pelo Poder Judiciário, se provocado. E tampouco há dúvida de que a anulação desconstitui os efeitos do ato anulado, desde a origem (ex tunc). Vale dizer, o servidor que seja ilegalmente demitido deve ter a sua demissão anulada, e essa anulação, pelos seus efeitos ordinários, acarreta o retorno do servidor ao cargo, porque desfaz os efeitos do ato de demissão. Logo, o servidor não estável que foi demitido e teve a sua demissão depois invalidada retorna, sim, ao serviço público. Apenas, esse retorno não é denominado reintegração. Que nós saibamos, ele não tem um nome específico.

5.3.3.4. Aproveitamento

O aproveitamento é forma de provimento derivado expressamente prevista na Constituição (art. 41, § 3.º). Na Lei 8.112/ 1990, está disciplinado nos arts. 30 a 32. Trata-se do retorno do servidor que havia sido posto em disponibilidade (estável,

portanto) a um cargo de atribuições e vencimentos compatíveis com o anteriormente ocupado (o qual foi extinto, ou teve declarada a sua desnecessidade). Estabelece o art. 32 da Lei 8.112/1990 que o aproveitamento será tornado sem efeito e a disponibilidade será chamada "se o servidor não entrar em exercício no prazo legal, salvo doença comprovada por junta médica oficial". A lei contém essa dura regra, porém não especifica o "prazo legal" a que o seu art. 32 se refere! Imaginamos que, por analogia, deva-se considerar como "prazo legal" o prazo de quinze dias estipulado no § 1.º do art. 15 para a entrada do servidor em exercício depois da posse. Se assim fizermos, estaremos realmente efetuando integração por analogia, uma vez que o § 4.º do art. 13 da Lei 8.112/1990 afirma categoricamente que "só haverá posse - nos casos de provimento de cargo por nomeação". Cumpre observar, todavia, que o § 2.º do citado art. 15 estatui que, se o empossado não entrar em exercício no prazo de quinze dias que o mes

406 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marcelo Alexandrino & Vicente Paulo

mo artigo estabelece, ele será apenas exonerado, sem nenhum caráter de penalidade disciplinar. Diferentemente, a cassação da disponibilidade, que o art. 32 prevê, é uma penalidade administrativa (art. 127, IV), ou seja, tem caráter punitivo, é equivalente à demissão, devendo, por isso, ser precedida de processo administrativo disciplinar em que se assegure ao servidor ampla defesa. Em razão dessa enorme diferença de tratamento legal, pensamos ser discutível a validade da utilização do prazo de quinze dias previsto no art. 15, § 1.º, para suprir a lacuna existente no art. 32. Afinal, estará sendo usada a analogia para determinar um prazo cujo descumprimento pode ter como consequência a aplicação de uma sanção disciplinar da maior gravidade - a cassação de disponibilidade.

5.3.3.5. Promoção

A promoção é forma de provimento derivado existente nas carreiras em que o desenvolvimento do servidor ocorre por provimento de cargos sucessivos e ascendentes. A promoção pode ocorrer por antiguidade (tempo de exercício do cargo) ou por merecimento (conforme os critérios de aferição do mérito funcional do servidor estabelecidos no respectivo plano de carreira). Vale lembrar que, a partir da EC 19/1998, o § 2.º do art. 39 da Constituição passou a prever como requisito para a promoção na carreira a participação dos servidores públicos nos cursos de formação e aperfeiçoamento oferecidos por escolas de governo. O conceito de promoção é um tanto complexo. Ela não se aplica aos cargos isolados, somente aos escalonados em carreira, e sempre se refere

ao progresso dentro da mesma carreira, nunca à passagem de uma carreira a outra, o que seria impossível mediante provimento derivado. A fim de auxiliar no esclarecimento da definição, reproduzimos abaixo trecho do voto do Mto. Moreira Alves na ADI 837/DF, em que foi relator:

O critério do mérito aferível por concurso público de provas ou de provas e títulos é indispensável para cargo ou emprego público isolado ou em carreira. Para o isolado, em qualquer hipótese; para o em carreira, para o ingresso nela, que só se fará na classe inicial e pelo concurso público de provas ou de provas e títulos, não o sendo, porém, para os cargos subsequentes que nela se escalonam até o final dela, pois, para estes, a investidura se fará pela forma de provimento que é a promoção. Não há promoção de uma carreira inferior para outra carreira superior, correlata, afim ou principal. Promoção - e é esse o Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS seu conceito jurídico que foi adotado pela Constituição toda vez que a ele se refere, explicitando-o -é provimento derivado dentro da mesma carreira.

407

Assim, por exemplo, digamos que a carreira dos defensores públicos seja composta pelos cargos "defensor público de primeira classe", "defensor público de segunda classe" e "defensor público de classe especial". A passagem de uma classe para outra é o que a lei chama de promoção, porque há mudança de cargo dentro da mesma carreira. Não pode a promoção, em nenhuma hipótese, resultar na mudança de cargo de uma carreira para um cargo de outra carreira. A Lei 8.112/1990 não trata conceitualmente, não define promoção. Ela só enumera, no art. 8.º, a promoção como forma de provimento, e a menciona em alguns dispositivos, sem defini-la. Por exemplo, dispõe que "os demais requisitos para o ingresso e o desenvolvimento do servidor na carreira, mediante promoção, serão estabelecidos pela lei que fixar as diretrizes do sistema de carreira na Administração Pública Federal e seus regulamentos" (art. 10, parágrafo único) e que "a promoção não interrompe o tempo de exercício, que é contado no novo posicionamento na carreira a partir da data de publicação do ato que promover o servidor" (art. 17).

5.3.3.6. Reversão

A reversão é forma de provimento derivado, não prevista na Constituição Federal, que consiste no retorno à ativa do servidor aposentado. Está disciplinada essencialmente no art. 25 da Lei 8.112/1990, com a redação que lhe deu a MP 2.225-45/2001 (a qual tem

prazo de vigência indeterminado, por força do art. 2.º da EC 32/2001, uma vez que se trata de medida provisória anterior a essa emenda). Há duas modalidades de reversão:

a) reversão de ofício: quando junta médica constata que deixaram de existir os motivos que levaram o servidor a aposentar-se por Invalidez permanente; b) reversão a pedido: aplicável ao servidor estável que obteve aposentadoria voluntária, desde que sejam atendidos os requisitos previstos na lei, que veremos a seguir, e desde que haja interesse da administração (a reversão a pedido é ato discricionário).

O objetivo da reversão a pedido é possibilitar que o servidor que tenha se aposentado com proventos proporcionais, e tenha se arrependido, volte a trabalhar, para aumentar o seu tempo de contribuição, podendo chegar a se aposentar com proventos integrais - se não completar setenta anos antes disso, e desde que tenha ingressado no serviço público anteriormente à EC nº 41/2003.

408 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • MarofoA/oxandrln0 & Vintono Paulo

A reversão de ofício está arrolada no inciso 1 do art. 25. Ela é obrigatória, tanto para a administração (é um ato vinculado), quanto para o servidor que estava aposentado. É irrelevante saber se o servidor era ou não estável quando se aposentou por invalidez. O servidor retorna ao mesmo cargo anteriormente ocupado ou ao cargo resultante de sua transformação. Se o cargo estiver provido (ocupado), o servidor exercerá suas atribuições como excedente, até a ocorrência de vaga. A reversão a pedido está tratada no inciso II do art. 25. A lei chama a reversão a pedido de reversão "no interesse da administração", deixando claro que o seu deferimento é uma decisão discricionária da administração pública. Ela se aplica unicamente ao servidor estável cuja aposentadoria tenha sido voluntária e desde que esta tenha ocorrido nos cinco anos anteriores à solicitação. O servidor retoma ao mesmo cargo anteriormente ocupado ou ao cargo resultante de sua transformação, mas a reversão a pedido só é possível se existir cargo vago, ou seja, aqui não existe a figura do "excedente". Em ambas as modalidades de reversão, o tempo de exercício adicional (mais precisamente, tempo de contribuição) será considerado para concessão da nova aposentadoria. Entretanto, especificamente no caso da reversão a pedido; esse recálculo dos proventos só ocorrerá se o servidor permanecer pelo menos cinco anos no cargo depois da reversão. É oportuno transcrever a íntegra do art. 25 da Lei 8.112/1990:

Art. 25. Reversão é o retomo à atividade de servidor aposentado: I - por invalidez, quando junta médica oficial declarar insubsistentes os motivos da aposentadoria; ou II - no

interesse da administração, desde que: a) tenha solicitado a reversão; b) a aposentadoria tenha sido voluntária; e) estável quando na atividade; d) a aposentadoria tenha ocorrido nos cinco anos anteriores à solicitação; e) haja cargo vago. § 1.º A reversão far-se-á no mesmo cargo ou no cargo resultante de sua transformação. § 2.º O tempo em que o servidor estiver em exercício será considerado para concessão da aposentadoria. § 3.º No caso do inciso I, encontrando-se provido o cargo, o servidor exercerá suas atribuições como excedente, até a ocorrência de vaga.

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS

§ 4.º O servidor que retomar à atividade por interesse da administração perceberá, em substituição aos proventos da aposentadoria, a remuneração do cargo que voltar a exercer, inclusive com as vantagens de natureza pessoal que percebia anteriormente à aposentadoria. § 5.º O servidor de que trata o inciso II somente terá os proventos calculados com base nas regras atuais se permanecer pelo menos cinco anos no cargo. § 6.º O Poder Executivo regulamentará o disposto neste artigo.

409

Por fim, o art. 27 da Lei 8.112/1990 veda a reversão, em qualquer hipótese, do aposentado que já tiver completado 70 anos de idade - porque ele se enquadraria automaticamente na aposentadoria compulsória.

5.3.3.7. Recondução

A recondução é forma de provimento derivado mencionada na Constituição Federal no art. 41, § 2.º, no ponto a seguir grifado:

§ 2.º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

A Lei 8.112/1990 disciplina a recondução em seu art. 29. Prevê a sua possibilidade em dois casos:

a) inabilitação em estágio probatório relativo a um novo cargo; ou b) reintegração do servidor que antes ocupava aquele cargo.

Como se vê, só a segunda hipótese tem previsão constitucional expressa. Em qualquer caso, o instituto da recondução tem aplicação exclusivamente ao servidor estável. Na hipótese de recondução arrolada na letra "b", acima, tem-se a seguinte situação. O servidor "X" é demitido e a administração pública preenche a vaga assim aberta

nomeando e empossando o servidor "Y", que fora aprovado em concurso público para aquele mesmo cargo. Em um momento posterior, "X" consegue,

41 O DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marro/o Alaxandrino & Vlcenta Paulo

administrativa ou judicialmente, invalidar a sua demissão, obtendo direito de retomo ao cargo (reintegração). Com a reintegração de "X", o servidor "Y", que estava ocupando o seu cargo, se for estável, será reconduzido ao seu cargo anterior, sem direito a qualquer indenização, ou aproveitado em outro cargo, ou, ainda, colocado em disponibilidade (nesse caso, com remuneração proporcional ao seu tempo de serviço - CF, art. 41, § 2.0). Examinemos a hipótese de recondução acima descrita na letra "a" inabilitação em estágio probatório. O legislador garante ao servidor estável sua pennisência no serviço público caso ele venha a ser considerado pela administração não apto ao exercício do novo cargo para o qual foi aprovado em um novo concurso público. Essa previsão existe porque o servidor não é estável em um determinado cargo, mas sim no serviço público. Prova disso é que pode o cargo ocupado pelo servidor estável ser extinto sem que ele perca sua condição de servidor público, sendo, então, posto em disponibilidade remunerada (proporcionalmente ao tempo de serviço) até ser aproveitado em outro cargo compatível com aquele que foi extinto. O estágio probatório, diferentemente, visa a avaliar a aptidão do servidor para o desempenho de um determinado cargo. Por isso, cada vez que um servidor público faz um novo concurso público e é nomeado para um novo cargo, necessita cumprir todo o período de estágio probatório a fim de ser considerado apto ao exercício daquele novo cargo. Se o servidor foi aprovado no estágio probatório relativo ao cargo "X", adquiriu estabilidade no exercício desse cargo "X", mas, depois, fez um novo concurso público e ingressou no cargo "Y", sua pennisência no serviço público é assegurada mesmo que ele seja reprovado no estágio probatório desse novo cargo. A reprovação no estágio probatório significa tão somente que o servidor foi considerado inapto para o exercício daquele cargo específico ("Y"), e não para o exercício do cargo que ele anteriormente ocupava ("X"). Assim, no caso de reprovação do servidor estável no estágio probatório do cargo "Y", será ele reconduzido ao cargo anteriormente ocupado ("X"), para cujo exercício já fora considerado apto por ocasião da conclusão do estágio probatório anterior. Muito bem, o instituto da recondução possibilita, por exemplo, a seguinte situação. Um Auditor-Fiscal estável da Receita Federal do Brasil é aprovado no concurso de Delegado da Polícia Federal, pede vacância do seu cargo de Auditor-Fiscal

e toma posse no cargo de Delegado. No entanto, ao término do estágio probatório do cargo de Delegado é reprovado, por um dos motivos previstos na lei.

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 411

Nesse caso, não há dúvida, o servidor tem assegurado o seu direito de retorno (recondução) ao antigo cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil. A grande discussão que havia, no entanto, era a seguinte: pode o servidor estável aprovado em novo concurso público, dentro do período do novo estágio probatório - portanto, independentemente de reprovação -, retomar ao antigo cargo por sua iniciativa? Vale dizer, é cabível a figura da recondução a pedido ao cargo anterior, durante o período de estágio probatório do novo cargo? O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a questão, finnou entendimento segundo o qual o servidor estável, submetido a estágio probatório em novo cargo público, caso desista de exercer a nova função, tem o direito de ser reconduzido ao cargo ocupado anteriormente.¹²³ Portanto, nos termos da jurisprudência do STF, é possível ao servidor estável aprovado para outro cargo, dentro do período de estágio probatório, optar pelo retomo ao antigo cargo, se assim desejar. Em face dessa orientação, foi editada a Súmula Administrativa AGU 16/2002, de observância obrigatória para toda administração pública federal, cujo teor é o seguinte:

16 - O servidor estável investido em cargo público federal, em virtude de habilitação em concurso público, poderá desistir do estágio probatório a que é submetido com apoio no art. 20 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e ser reconduzido ao cargo inacumulável de que foi exonerado, a pedido.

Portanto, na esfera federal, é reconhecido, também no âmbito administrativo, o direito à recondução a pedido do servidor estável que esteja em estágio probatório em um novo cargo e queira dele desistir para retornar ao cargo anterior.

5.4. Posse

O art. 7.º da Lei 8.112/1990 estabelece que a investidura no cargo público ocorre com a posse. Somente há posse nos casos de provimento de cargo por nomeação. Enquanto a nomeação é um ato unilateral da autoridade competente, mediante o qual é dado provimento a um cargo público, sem que haja qualquer participação ou necessidade de anuência do nomeado, a posse é um ato bilateral por meio do qual o servidor é investido nas atribuições e responsabilidades inerentes a seu cargo. m RMS 22.933/DF, rei. Min. Octavio Gallotti, 26.06.1998.

Observe-se que, embora seja usual afirmar que a posse é um ato jurídico bilateral - porque é imprescindível a participação da administração pública e do agente que assinará o termo de posse -, ela não é um contrato em sentido próprio. Cumpre frisar que o servidor público estatutário não tem um contrato de trabalho - o ato de posse não se equipara à assinatura de um contrato de trabalho -, estando sujeito, isso sim, a um regime jurídico de natureza legal (não contratual), passível de ser alterado unilateralmente, sempre que a lei de regência for modificada, sem que se possa invocar direito adquirido à manutenção do regime jurídico inicial. O ato de posse enquadra-se naquilo que Léon Duguit chama de "ato-condição", isto é, um ato no qual a manifestação do agente é necessária unicamente para que ele se insira em um regime jurídico preestabelecido e não passível de modificação pela vontade dele. O art. 13 da Lei 8.112/1990 explicita a natureza de ato bilateral da posse, nos termos que acabamos de expor, ao estatuir:

Art. 13. A posse dar-se-á pela assinatura do respectivo termo, no qual deverão constar as atribuições, os deveres, as responsabilidades e os direitos inerentes ao cargo ocupado, que não poderão ser alterados unilateralmente, por qualquer das partes, ressalvados os atos de ofício previstos em lei.

Antes da posse, o nomeado ainda não é um servidor público, pois ainda não se aperfeiçoou o vínculo jurídico funcional entre ele e a administração pública. Esse vínculo é formado justamente por meio da posse. Com a posse, o nomeado torna-se servidor público, aceitando as regras legais de regência de sua relação jurídica com a administração, decorrente do cargo que passará a exercer. Nos termos do art. 5.º da Lei 8.112/1990, são requisitos para posse, sem prejuízo de outras exigências específicas que, em razão das atribuições do cargo, sejam estabelecidas em lei: (a) nacionalidade brasileira; (b) gozo dos direitos políticos; (c) quitação com as obrigações militares e eleitorais; (d) nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo; (e) idade mínima de dezoito anos; (f) aptidão física e mental. É oportuno registrar que o Decreto 6.944/2009, aplicável à administração direta federal e às autarquias e fundações públicas federais, estabelece, no parágrafo único de seu art. 19, que somente no ato da posse deverão ser comprovadas escolaridade mínima e experiência profissional (quando exigida), expressamente vedando que tal comprovação seja imposta no ato de inscrição no concurso público ou em qualquer de suas etapas, ressalvado o disposto em legislação específica. Nesse aspecto, o referido decreto nada mais faz do que

refletir a jurisprudência consagrada no âmbito do Supremo Tribunal federal, segundo a qual "a exigência de habilitação para o exercício do cargo objeto do certame dar-se-á no ato da posse e não da inscrição do concurso".¹²⁴ A posse poderá dar-se mediante procuração específica (art. 13, § 3.0). No ato da posse, o servidor deve apresentar declaração de bens e valores que constituem seu patrimônio e declaração quanto ao exercício ou não de outro cargo, emprego ou função pública (art. 13, § 5.0). O prazo para o nomeado tomar posse é de trinta dias, improrrogáveis, contados da nomeação ou, no caso de servidor que se encontre em licença nesta data, do término de seu impedimento. Se o nomeado não tomar posse no prazo previsto, não chega a completar-se o vínculo jurídico funcional entre ele e a administração. Não há, portanto, como se falar em exoneração. A hipótese será simplesmente de tornar sem efeito o ato de nomeação (art. 13, § 6.º).

5.5. Exercício

Exercício é o efetivo desempenho das atribuições do cargo público ou da função de confiança (art. 15). O servidor tem o prazo de quinze dias, improrrogáveis, contados da data da posse, para entrar em exercício. No caso de designação para função de confiança a regra é diversa: o início do exercício de função de confiança deve coincidir com a data de publicação do ato de designação, salvo quando o servidor estiver em licença ou afastado por qualquer outro motivo legal, hipótese em que recairá no primeiro dia útil após o término do impedimento, que não poderá exceder a trinta dias da publicação (art. 15, § 4.0). A designação para função de confiança será tomada sem efeito quando o servidor não entrar em exercício no prazo legal (art. 15, § 2.º). Embora o agente se tome servidor público com a posse, somente com o exercício são constituídas as relações jurídicas entre ele e a administração que tenham por base o tempo de efetivo desempenho das atribuições do cargo. É a partir da data em que o servidor entra em exercício que começam a contar os prazos para todos os seus direitos relacionados ao tempo de serviço, a exemplo do direito às férias, da percepção de remuneração, do cálculo da gratificação natalina proporcional, da aquisição da estabilidade. Aliás, é oportuno abrir um parêntese para comentar que se firmou em nossa jurisprudência a orientação de que a pessoa que venha a ser nomeada e empossada em cargo público por força de decisão judicial ¹²⁴ RE 423.752/MG, rei. Min. Sepúlveda Pertence, 17.08.2004. Precedente: RE 184.425/RS, rei. Min. Carlos Velloso, 01.10.1996. No mesmo sentido: AI-AgR 733.252/RS, rei. Min. Eros Grau, 03.02.2009; ARE-AgR 728.049/RJ, rei. Min. Gllmar Mendes, 11.06.2013.

não tem direito a indenização - muito menos a remuneração! - relativa ao tempo durante o qual teve que aguardar pela sua nomeação. Para o Supremo Tribunal Federal, "é indevida indenização pelo tempo em que se aguardou solução judicial definitiva sobre aprovação em concurso público".¹²⁵ Considera-se que, tendo a nomeação decorrido de sentença judicial, o retardamento não configura ato ilegítimo da administração pública, o que torna descabido cogitar uma contrapartida indenizatória. Fechado o parêntese, estabelece o § 2.º do art. 15 da Lei 8.112/1990 que o servidor será exonerado do cargo se não entrar em exercício dentro do prazo legal. Note-se que ele já tomara posse no cargo - e, desde a posse, tomou-se, juridicamente, um servidor público. Por isso, não entrando em exercício no prazo legal, é necessário que se desfça o vínculo jurídico formado entre ele e a administração por ocasião da posse, o que deve ser feito mediante exoneração (se se tratasse de falta grave apurada em processo disciplinar, o rompimento do vínculo ocorreria por demissão, mas não é essa a hipótese descrita no dispositivo legal ora em foco). O servidor que deva ter exercido em um município diferente daquele em que estava lotado, porque foi removido, redistribuído, requisitado, cedido ou posto em exercício provisório, terá, no mínimo, dez dias e, no máximo, trinta dias de prazo, contados da publicação do ato, para entrar em exercício no novo município, incluído nesse prazo o tempo necessário para o deslocamento para a nova sede (art. 18). Na hipótese de o servidor encontrar-se em licença ou afastado legalmente, o prazo será contado a partir do término do impedimento (art. 18, § 1.0). É facultado ao servidor abrir mão desses prazos, ou seja, entrar em exercício na nova sede em um prazo menor do que aquele (entre dez e trinta dias) que lhe tenha sido concedido pela administração (art. 18, § 2.º). A Jornada de trabalho dos servidores federais deverá respeitar a duração máxima semanal de quarenta horas, observados os limites máximo e mínimo de seis horas e oito horas diárias (art. 19). Esses limites não são aplicáveis à duração de trabalho estabelecida em leis especiais (por exemplo, servidores que trabalham em regime de plantão). Ademais, o servidor ocupante de cargo em comissão ou função de confiança submete-se a regime de integral dedicação funcional, podendo ser convocado sempre que houver interesse da administração (art. 19, § 1.º). Por essa razão, o servidor que acumular licitamente dois cargos efetivos, quando for investido em um cargo em comissão, ficará afastado de ambos os empregos efetivos. Trata-se, contudo, de uma regra genérica, porque a lei admite a possibilidade de acumulação do cargo em comissão com um dos

593.373/DF, rei. MIn. Joaquim Barbosa, 05.04.2011. No mesmo sentido: RE-AgR 248.803/RS, rei. MIn. Nelson Jobim, 06.02.2001.

Cap. 7 •SERVIDORES PÚBLICOS

cargos efetivos, se houver compatibilidade de horário e local, declarada pelas autoridades máximas dos órgãos ou entidades envolvidos (art. 120). Também como decorrência do regime de integral dedicação ao serviço, estabelece o art. 119 da Lei 8.112/1990 que o servidor não poderá exercer mais de um cargo em comissão, exceto se, em um dos cargos, estiver na condição de interino (isto é, tiver sido nomeado provisoriamente para exercê-lo). Nessa hipótese excepcional em que é permitida a acumulação de cargos em comissão deverá ser observado o disposto no parágrafo único do art. 9.0 da Lei 8.112/1990, a saber: "o servidor ocupante de cargo em comissão ou de natureza especial poderá ser nomeado para ter exercício, interinamente, em outro cargo de confiança, sem prejuízo das atribuições do que atualmente ocupa, hipótese em que deverá optar pela remuneração de um deles durante o período da interinidade".

5.6. Estágio probatório O art. 20 da Lei 8.112/1990 estatui:

Art. 20. Ao entrar em exercício, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo ficará sujeito a estágio probatório por período de 24 (vinte e quatro) meses, durante o qual a sua aptidão e capacidade serão objeto de avaliação para o desempenho do cargo, observados os seguintes fatores: I - assiduidade; II - disciplina; III - capacidade de iniciativa; IV - produtividade; V - responsabilidade.

Não se deve confundir aprovação em estágio probatório com aquisição de estabilidade. O estágio probatório visa a avaliar a aptidão do servidor para o exercício de um determinado cargo. Sempre que o servidor tomar posse e entrar em exercício em um novo cargo efetivo, será submetido ao estágio probatório, não importa quantos anos de exercício o servidor tenha prestado em outros cargos do mesmo ou de outro ente da Federação. É, portanto, possível (e nada raro) que um servidor estável seja submetido a estágio probatório. Já foi visto, aliás, que, se ele for reprovado no estágio probatório do novo cargo, ocorrerá a sua recondução ao seu cargo anterior (art. 29, 1). Já a estabilidade, em regra, é adquirida uma única vez pelo servidor na administração pública de um mesmo ente federado. O servidor é estável no

416 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marcelo Alexandrino & Vicente Paulo

serviço público (de um ente federado) e não em um cargo determinado. Assim, tomando a administração pública federal como exemplo, uma vez aprovado em concurso público para cargo efetivo, tendo sido nomeado e empossado, o servidor adquirirá estabilidade em três anos de efetivo exercício, desde que seja aprovado em avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade (CF, art. 41, caput e § 4.0). Se, depois disso, o mesmo servidor prestar concurso para outro cargo federal, for nomeado e tomar posse, ele já inicia o exercício desse novo cargo como um servidor estável. Não obstante, estará sujeito ao estágio probatório de que trata o art. 20 da Lei 8.112/1990, como qualquer outro servidor que inicie o exercício desse cargo. Após a EC 19/ 1998, o período necessário para a aquisição da estabilidade passou a ser de três anos. Entretanto, o caput do art. 20 da Lei 8.112/1990 não foi expressamente revogado, nem expressamente alterado. A bem da verdade, a Medida Provisória 431/2008 pretendeu modificar a redação desse dispositivo, estabelecendo em trinta e seis meses a duração do estágio probatório de que ele trata, mas essa alteração foi rejeitada por ocasião da conversão da MP 431/2008 na Lei 11. 784/2008. Em suma, o texto hoje vigente do caput do art. 20 da Lei 8.112/1990 fixa em vinte e quatro meses a duração do estágio probatório. A questão acerca da duração do estágio probatório tem suscitado controvérsia na administração pública federal. Não obstante, atualmente, no âmbito do Poder Executivo federal, deve ser observado o disposto no Parecer AGU/ MC-01/04/2004, que foi adotado pelo Parecer AC-17 /2004, do Advogado-Geral da União, e aprovado pelo Presidente da República. O entendimento decorrente desses atos é de que o estágio probatório tem duração de três anos, porque essa duração seria a única logicamente compatível com o prazo de três anos para a aquisição da estabilidade, fixado pela EC 19/1998. Essa orientação - de que a duração do estágio probatório é de três anos - é vinculante para o Poder Executivo federal (LC 73, art. 40). Cumpre anotar, ademais, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a do Superior Tribunal de Justiça têm apontado igualmente para o entendimento de que o prazo de três anos para aquisição da estabilidade fixado na EC 19/1998 é de aplicação imediata e teria afastado as regras legais que previam outro prazo para o estágio probatório. Embora os dois tribunais reconheçam expressamente que o estágio probatório e a estabilidade são institutos distintos, com finalidades diversas, ambos afirmam que não há como dissociar, na prática e no plano lógico, o prazo de um e de outro.¹²⁶ Voltemos ao texto da Lei 8.112/1990. "" Vejam-se, por exemplo, do STF, a SS 3.957/0F, rei. Mln. Gilmar Mendes, 17.09.2009, e o AI-AgR-EO 754.802/DF, rei. Mfn. Gilmar Mendes,

07.06.2011 (Informativo 630 do STF), e, do STJ, o MS 12.523/0F, rei. Mln. Fellx Fischer, 22.04.2009.

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 417

Quatro meses antes de findo o período do estágio probatório, será submetida à homologação da autoridade competente a avaliação do desempenho do servidor, realizada por comissão constituída para essa finalidade, de acordo com o que dispuser a lei ou o regulamento da respectiva carreira ou cargo, sem prejuízo da continuidade de apuração dos fatores enumerados nos incisos Ia V do art. 20 da Lei 8.112/1990, acima transcritos. O servidor não aprovado no estágio probatório será exonerado ou, se estável, reconduzido ao cargo anteriormente ocupado, conforme já estudado. Deve-se observar que a reprovação no estágio probatório não acarreta penalidade para o servidor, mas simplesmente sua exoneração. Vale dizer, considerar o servidor inabilitado no estágio probatório significa tão somente afirmar que ele não possui aptidão para o exercício daquele cargo (tanto é assim que, se ele for estável, pode ser reconduzido ao cargo anteriormente ocupado). O servidor reprovado no estágio probatório não cometeu qualquer infração de natureza grave, caso em que a hipótese seria de demissão. Não obstante a exoneração de um cargo público, em tese, não revestir caráter punitivo, o Supremo Tribunal Federal, há muito, consagrou o entendimento de que a exoneração do servidor em decorrência de inabilitação em estágio probatório deve observar o devido processo legal, em que lhe sejam previamente assegurados o contraditório e a ampla defesa. Essa orientação fundamenta-se no fato evidente de que, ao reprovar o servidor em estágio probatório, a administração o estará acusando de não ter atendido um ou alguns dos requisitos essenciais de disciplina, responsabilidade, assiduidade, produtividade ou capacidade de iniciativa e, portanto, deve assegurar ao servidor oportunidade de demonstrar, se for o caso, que efetivamente cumpriu satisfatoriamente todos os requisitos, que está sendo vítima de perseguição, que houve algum erro de avaliação, ou outra defesa qualquer apta a demonstrar que a sua inabilitação foi indevida. Cumpre mencionar, a esse respeito, a vetusta Súmula 2 I do STF, aprovada na Sessão Plenária de 13. I 2. I 963, da qual consta, literalmente, que o "funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade". A mesma posição está consagrada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ). No Informativo 470 do STJ, a matéria foi exposta de forma bastante didática, consoante abaixo se reproduz:

A jurisprudência do STJ entende que a .exoneração de servidores públicos concursados e nomeados para cargo efetivo, ainda que se encontrem em estágio probatório, necessita do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (vide, também, a Súm. n. 21-STF). Contudo, na hipótese de servidor em estágio probató

418 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Maml/o Alaxandrlno & Vlcenta Paulo

rio, apregoa que não se faz necessária a instauração de processo administrativo disciplinar (PAD) para tal, admitindo ser suficiente a abertura de sindicância que assegure os princfpios da ampla defesa e do contraditório. Anote-se que essa exoneração não tem caráter punitivo, mas se lastreia no interesse da Administração de dispensar servidores que, durante o estágio probatório, não alcançam bom desempenho no cargo. Prect:dentes citados: RMS 20.934-SP, DJe 1.º.02.2010; EDcl no AgRg no RMS 21.078-AC, DJ 28.06.2006; RMS 21.012-MT, DJe 23.11.2009;AgRg no RMS 13.984-SP, DJ 06.08.2007; RMS 21.000-MT, DJ 04.06.2007, e RMS 13.810-RN, DJe 26.05.2008. RMS 22.567-MT, Rei. Min. Og Fernandes, julgado em 28.04.2011.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que a inassiduidade em decorrência de greve, por si só, não pode implicar a .✦xoneração de servidor em estágio probatório, "uma vez que essa ausência não teria como motivação a vontade consciente de não comparecer ao trabalho simplesmente por não comparecer ou por não gostar de trabalhar". No dizer do Pretório Excelso, a adesão do servidor ao movimento grevista configuraria "inassiduidade imprópria, resultante de um movimento de paralisação da categoria em busca de melhores condições de trabalho". Em suma, consignou o STF que, mesmo não estando ainda regulamentado em lei o direito de greve dos servidores públicos, certo é que se trata de um direito constitucionalmente assegurado (CF, art. 37, VII), razão pela qual a ausência ao serviço motivada por participação em movimento grevista, ainda que esteja o servidor no período probatório, não caracteriza inassiduidade para efeito de sua reprovação no estágio e consequente exoneração.¹²⁷ Posteriormente, nossa Corte Constitucional decidiu, de forma mais abrangente, que ferem a Carta de 1988 disposftções normativas que estabeleçam sanções administrativas diferenciadas para o servidor que esteja em estágio probatório, pelo simples fatCJ1 de ele haver aderido a greve. Entende o STF que não existe, na Constituição Federal, base para que se faça distinção entre servidores em estágio probatório e os demais, em função de participação em movimentos grevistas. Ademais, asseverou-se que tal discriminação viola, em um plano mais genérico, o princípio da isonomia. Sob esses fundamentos, foi declarado inconstitucional decreto do

Estado de Alagoas que determinava a imediata exoneração de servidor público que estivesse em estágio probatório, caso ficasse comprovado que ele havia paralisado o exercício do seu cargo a título de greve.128 121 RE 226.966/RS, red. pi o acórdão MIn. Cénnen Lúcia, Primeira Tunna, 11.11.2008 (vide Infonnatlvo 528 do STF). 1 21 ADI 3.235/AL, red. p/ o acórdão MIn. Gllmar Mendes, 04.02.2010.

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 419

Em outros julgados, o Supremo Tribunal Federal deixou assente que o estágio probatório não protege o servidor na hipótese de extinção do cargo, ou seja, se o cargo for extinto, o servidor não estável que esteja em estágio probatório será exonerado. O servidor em estágio probatório poderá exercer quaisquer cargos de provimento em comissão ou funcõ_es de direção, chefia ou assessoramento no órgão ou entidade em que se encontra lotado. Diversamente, para poder ser cedido a outro órgão ou entidade, o servidor em estágio probatório deverá ter sido nomeado para cargo de natureza especial ou para cargos em comissão dos níveis mais elevados da administração federal (DAS 4, 5 ou 6). Prevê o § 4.0 do art. 20 da Lei 8.112/1990 a possibilidade de serem deferidos ao servidor que esteja em estágio probatório as licenças e os afastamentos seguintes: a) licença por motivo de doença em pessoa da família; b) licença por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro; c) licença para o serviço militar; d) licença para atividade política; e) afastam_ento para exercício de mandato eletivo; f) afastamento para estudo ou missão no exterior; g) afastamento para servir em organismo internacional de que o Brasil participe ou com o qual coopere; g) afastamento para participar de curso de formação decorrente de aprovação em concurso para outro cargo na administração pública federal. O§ 5.0 do mesmo art. 20 assevera que ficará suspenso o estágio probatório durante a licença por motivo de doença em pessoa da família, a licença por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro, a licença para atividade política, o afastamento para servir em organismo internacional e o afastamento para participar de curso de formação federal. O estágio probatório suspenso por um desses motivos será retomado a partir do término do impedimento.

5.7. Vacância

A Lei 8.112/1990 denomina vacância as hipóteses em que o servidor desocupa o seu cargo, tomando-o passível de ser preenchido por outra pessoa. A vacância pode acarretar rompimento definitivo do vínculo jurídico entre o servidor e a administração, como ocorre nas hipóteses de exoneração, demissão e falecimento, ou pode simplesmente alterar esse vínculo ou fazer surgir um novo, como ocorre nas hipóteses de promoção,

readaptação, aposentadoria, posse em outro cargo inacumulável. As hipóteses de vacância enumeradas na Lei 8.112/1990 encontram-se nos incisos do art. 33 e são as seguintes:

a) exoneração; b) demissão;

420 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marcelo Alexandrino & Vicente Paulo

c) promoção; d) readaptação; e) aposentadoria; f) posse em outro cargo inacumulável; g) falecimento.

Percebe-se que há hipóteses de vacância que implicam, simultaneamente, o provimento de novo cargo pelo servidor e há hipóteses que não se relacionam a provimento de outro cargo. Ocorrem simultaneamente vacância e provimento nos casos de promoção, readaptação e posse em outro cargo inacumulável. Nas demais hipóteses ocorre apenas vacância. Cabe, ainda, observar que, se um servidor estável for reprovado em estágio probatório relativo a um novo cargo - no qual ele tenha ingressado quando já era estável no serviço público -, ocorrerá a sua recondução, a qual implicará o provimento, por ele, do cargo anteriormente ocupado, salvo se esse cargo já se encontrar provido, caso em que o servidor ficará em disponibilidade até posterior aproveitamento. Quanto à exoneração, a Lei 8.112/1990 arrola as possibilidades abaixo enumeradas.

a) a exoneração do servidor ocupante de cargo efetivo poderá ocorrer: a. 1. a pedido; a.2. de ofício, motivada por: a.2.1. inabilitação em estágio probatório (se não estável); a.2.2. não entrar em exercício no prazo legal após a posse.

b) a exoneração do servidor ocupante de cargo em comissão poderá ocorrer: b. 1. a pedido; b.2. de ofício, livremente, a juízo da autoridade competente (exoneração ad nutum).

Embora a Lei 8.112/1990 não mencione expressamente, haverá, também, exoneração:

a) quando for extinto cargo ocupado por servidor não estável; b) do servidor não estável que esteja ocupando cargo que deva ser provido mediante reintegração de outro servidor anteriormente demitido de forma ilegal;

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 421

c) por insuficiência de desempenho (hipótese de exoneração de servidor estável - CF, art. 41, § 1.º, Iii); d) por excesso de despesa com pessoal (hipótese de exoneração de servidor estável - CF, art. 169, § 4.0).

5.8. Remoção

A denominada remoção não é forma de provimento. Trata-se do deslocamento do servidor para exercer suas atividades em outra unidade do mesmo quadro de pessoal, ou seja, o servidor permanece no mesmo cargo, sem qualquer alteração no seu vínculo funcional

com a administração pública. A remoção pode implicar, ou não, mudança na localidade de exercício do servidor. O servidor pode, simplesmente, ser removido da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Porto Alegre para a Inspeção da Receita Federal do Brasil em Porto Alegre. Diversamente, o servidor pode ser removido da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Manaus para a Delegacia da Receita Federal do Brasil no Rio de Janeiro. Em ambos os casos tem-se remoção. Vem a propósito pontuar que remoção não é sinônimo de transferência. A transferência era uma forma derivada de provimento de cargo público (a remoção não é forma de provimento) que estava prevista no art. 8.º, IV, da Lei 8.112/1990, e consistia na passagem do servidor estável de cargo efetivo para outro de igual denominação, pertencente a quadro de pessoal diverso, de órgão ou instituição do mesmo Poder. A forma de provimento transferência foi declarada inconstitucional pelo STF (ADI 231 e ADI 837), e, posteriormente, foi expressamente revogada pela Lei 9.527/1997. A remoção pode ocorrer de ofício ou a pedido. A remoção de ofício será sempre determinada no interesse da administração e, em tese, independe da vontade do servidor removido. A remoção a pedido pode ocorrer a critério da administração ou pode, em algumas hipóteses, a administração ser obrigada a conceder a remoção ao servidor que a requeira. Esse último caso corresponde à denominada "remoção a pedido independentemente do interesse da administração". O primeiro ponto digno de nota é a existência de remoção a pedido independentemente do interesse da administração somente nos casos de alteração na localidade de exercício do servidor. Cabe repetir: não existe remoção a pedido independentemente do interesse da administração sem mudança de sede. A remoção a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da administração, pode ocorrer nas hipóteses previstas no inciso I, do art. 36 da Lei 8.112/1990, a saber: .".'

422 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marce/oA/axandrlno & Vicenla Paulo

a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, servidor público ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, que foi deslocado no interesse da administração; b) por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial; c) em virtude de processo seletivo promovido, na hipótese em que o número de interessados for superior ao número de vagas, de acordo com normas preestabelecidas pelo órgão ou entidade em que aqueles estejam lotados.

Vale observar que, em diversas oportunidades, o Supremo Tribunal Federal rechaçou a invocação do art. 226 da Constituição de 1988 ("A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.") como fundamento para que acolhesse a pretensão de servidores públicos que pleiteavam a concessão de remoção para acompanhar cônjuge ou companheiro quando este, em virtude de aprovação em concurso público, fora nomeado para iniciar o exercício de seu cargo em localidade diversa daquela em que residia a família. Em outras palavras: nossa Corte Suprema não admite que o art. 226 da Carta Política, por si só, justifique impor à administração pública a obrigação de remover - a título de "remoção para acompanhar cônjuge ou companheiro" - um servidor público cujo cônjuge ou companheiro, aprovado em concurso público e nomeado para o cargo respectivo, tenha lotação inicial em localidade diversa daquela em que ambos, até: então, residiam.¹²⁹ Por fim, é oportuno registrar que a Lei 11.340/2006, cujo escopo é a criação de mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, instituiu, em seu art. 9.º, § 2.º, inciso 1, regra específica, segundo a qual "o juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica, acesso prioritário à remoção quando servidora pública, integrante da administração direta ou indireta". Essa norma alcança todos os níveis da Federação. Note-se que o tal "acesso prioritário à remoção" será diretamente determinado pelo próprio juiz, o qual, a nosso ver, deverá explicitar como deve ser entendida essa expressão.

5.9. Redistribuição

A redistribuição é definida no art. 37 da Lei 8.112/1990 como "o deslocamento de cargo de provimento efetivo, ocupado ou vago no âmbito do quadro geral de pessoal, para outro órgão ou entidade do mesmo Poder". Como vemos, redistribuição também não é forma de provimento. 129 RE-AgR 587.260/RN, rei. Min. Eros Grau, 29.09.2009; RE-ED 593.338/PE, rei. Min. Ricardo Lewandowski, 31.05.2011; RE-AgR 602.605/CE, rei. Min. Ricardo Lewandowski, 28.02.2012.

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS

Ocorre deslocamento do cargo, esteja ou não ocupado, para outro órgão ou entidade, e não preenchimento de um cargo preexistente nesse órgão ou entidade. Deve-se observar, também, que, no caso de redistribuição de cargo ocupado, não é necessário que o servidor ocupante seja estável. A redistribuição deve ser previamente apreciada pelo órgão central do Sistema de Pessoal Civil (SIPEC) e possui os seguintes pressupostos:

I - interesse da administração; II - equivalência de vencimentos; III - manutenção da essência das atribuições do cargo; IV - vinculação entre os graus de responsabilidade e complexidade das atividades; V - mesmo nível de escolaridade, especialidade ou habilitação profissional; VI - compatibilidade entre as atribuições do cargo e as finalidades institucionais do órgão ou entidade. É importante notar que a redistribuição somente existe ex officio. Não seria nada razoável cogitar a possibilidade de um servidor pedir para o seu cargo ser deslocado para outro órgão ou entidade! A redistribuição é uma técnica que permite à administração adequar seus quadros de cargos às reais necessidades de serviço de seus órgãos ou entidades. Permite, também, o remanejamento de cargos nas hipóteses de extinção ou criação de órgãos ou entidades; Em suma, a redistribuição confere um certo grau de mobilidade ou de flexibilidade à administração na organização de seus recursos, sendo uma possibilidade importante, tendo em vista a rigidez decorrente de regras como a estabilidade dos servidores públicos (a administração não pode simplesmente exonerar todos os servidores de um órgão quando o extingue, como ocorre nas empresas na iniciativa privada). Nos casos de reorganização ou extinção de órgão ou entidade, o servidor estável que tenha seu cargo extinto ou declarado desnecessário, não sendo redistribuído, será colocado em disponibilidade, com proventos proporcionais, até seu aproveitamento. Alternativamente, o servidor que não for redistribuído ou colocado em disponibilidade poderá ser mantido sob responsabilidade do órgão central do SIPEC, e ter exercício provisório, em outro órgão ou entidade, até seu adequado aproveitamento. Essa hipótese de exercício provisório será, em regra, mais interessante para a administração, uma vez que o servidor não permanece em inatividade remunerada, e também para o servidor, tendo em conta o fato de que a remuneração da disponibilidade é proporcional ao tempo de serviço.

424 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marcelo Alexandrino & Vicente Paulo 5.1 o. Substituição

Os servidores investidos em cargo ou função de direção ou chefia e os ocupantes de cargo de natureza especial terão substitutos indicados no regimento interno do respectivo órgão ou entidade. No caso de o regimento ser omissivo, os substitutos serão previamente designados pelo dirigente máximo do órgão ou entidade (art. 38). Essa exigência de previsão ou designação de substitutos aplica-se também aos titulares de unidades administrativas organizadas em nível de assessoria (art. 39). Os §§ 1.º e 2.º do art. 38 da Lei 8.112/1990, com a redação dada pela Lei 9.527/1997, trazem regras um tanto confusas acerca da acumulação do exercício do cargo substituído com o do cargo efetivo do

substituto e da remuneração a que ele fará jus. A própria administração pública federal conferiu a esses dispositivos uma interpretação mais favorável ao servidor substituto do que aquela que, segundo pensamos, decorreria da literalidade da lei, conforme será exposto adiante. Inicialmente, mister é transcrever os §§ 1.º e 2.º do art. 38 da Lei 8.112/1990, em sua redação atual:

§ 1.º O substituto assumirá automática e cumulativamente, sem prejuízo do cargo que ocupa, o exercício do cargo ou função de direção ou chefia e os de Natureza Especial, nos afastamentos, impedimentos legais ou regulamentares do titular e na vacância do cargo, hipóteses em que deverá optar pela remuneração de um deles durante o respectivo período. § 2.º O substituto fará jus à retribuição pelo exercício do cargo ou função de direção ou chefia ou de cargo de Natureza Especial, nos casos dos afastamentos ou impedimentos legais do titular, superiores a trinta dias consecutivos, paga na proporção dos dias de efetiva substituição, que excederem o referido período.

Pois bem, a interpretação hoje vigente no âmbito da administração pública federal - a nosso ver, discrepante do que se obtém da leitura direta do texto legal - está explicitada no Ofício-Circular 1/SRH/MP, de 28 de janeiro de 2005. Finalizamos o presente tópico com a transcrição do trecho do citado ato pertinente ao assunto em foco, tendo em conta a grande importância prática do entendimento ali perfilhado (grifamos):

2. O servidor no exercício da substituição acumula as atribuições do cargo que ocupa com as do cargo para o qual foi designado nos primeiros 30 dias ou período inferior, fazendo jus à opção pela remuneração de um ou de outro cargo desde o

5.11.

5.11.1.

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS

primeiro dia de efetiva substituição. Transcorridos os primeiros 30 dias, o substituto deixa de acumular as funções, passando a exercer somente as atribuições inerentes às do cargo substituído percebendo a remuneração correspondente. 3. Significa dizer que nos primeiros 30 dias de substituição, haverá acumulação de funções (cargo exercido pelo substituto com as do cargo do substituído), com direito a retribuição a partir do primeiro dia de substituição, devendo, nos termos do § 1.º do art. 38 da Lei n.º 8.112, de 1990, optar pela remuneração que lhe for mais vantajosa. 4. Consoante § 2.º do art. 38 da Lei n.º 8.112, de 1990, transcorrido o prazo de 30 dias de substituição, o substituto deixa de acumular as funções e passa a exercer somente as atribuições inerentes às do cargo substituído, percebendo a retribuição correspondente. 5. Nos casos de vacância de cargo

ou função de direção ou chefia, e de cargo de Natureza Especial, o substituto, independentemente do período, exercerá exclusivamente as atribuições do cargo substituído, fazendo jus à retribuição correspondente, a partir do primeiro dia.

Direitos e vantagens dos servidores públicos federais

Vencimento e remuneração

425

A percepção de remuneração em retribuição aos serviços prestados à administração é um direito dos servidores públicos. A Lei 8.112/1990, em seu art. 4.º, veda a prestação de serviços gratuitos à administração, salvo se houver expressa previsão legal. A própria Lei 8.112/1990, no entanto, proíbe que os servidores por ela regidos sejam remunerados pela participação em órgão de deliberação coletiva, ressalvada a remuneração devida pela participação em conselhos de administração e fiscal das empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, bem como quaisquer empresas ou entidades em que a União, direta ou indiretamente, detenha participação no capital social, observado o que, a respeito, dispuser legislação específica (art. 119). Sempre existiu, e ainda existe, uma grande confusão terminológica no que concerne às parcelas integrantes da contraprestação pecuniária a que fazem jus os servidores públicos. A própria Constituição de 1988, em vez de aclarar os conceitos, perpetuou a imprecisão, ora referindo-se a vencimento, ora a vencimentos, ou, ainda, a remuneração. A doutrina costuma entender vencimento como a parcela básica (há leis que se referem a "vencimento básico") prevista em lei como estipêndio

426 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marcelo Alexandrino & Vicente Paulo

correspondente a cada cargo público. Autores como Hely Lopes Meirelles denominam "vencimentos" (no plural) a soma do "vencimento" (no singular, significando "vencimento básico") com as vantagens pecuniárias de caráter permanente a que faz jus o servidor. Já o conceito de remuneração varia bastante, sendo às vezes usado em sentido amplo, às vezes em sentido estrito, nesse caso como sinônimo de "vencimentos", ou seja, "vencimento básico" mais "vantagens pecuniárias permanentes". Não pretendemos estabelecer uma conceituação definitiva, nem consideramos isso possível. No presente tópico utilizaremos as definições expressas na Lei 8.112/1990; mencionaremos, também, alguns dispositivos da Lei 8.852/1994. O art. 40 da Lei 8.112/1990 define "vencimento" como a retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei. Por sua vez, o art. 41 da Lei 8.112/1990 conceitua "remuneração" como a soma do

vencimento com as vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei. A remuneração não pode ser inferior a um salário mínimo (art. 41, § 5.º).¹³⁰ A Lei 8.112/1990 não alude a "vencimentos" (no plural) como sinônimo de "remuneração", isto é, como "vencimento básico" mais "vantagens pecuniárias permanentes". Embora a Lei 8.112/1990 não explique, costuma-se entender "vantagens pecuniárias permanentes" como aquelas relacionadas ao exercício ordinário das atribuições do cargo. Diferentemente, se a vantagem é paga ao servidor de forma pontual, porque ele exerceu o seu cargo em condições não ordinárias, -ela não será uma vantagem permanente e, portanto, não integra a remuneração. Exemplo bastante simples é o das indenizações. Vejam-se as diárias (art. 51, II): recebe diária o servidor que, a serviço, afastar-se da sede em caráter eventual ou transitório para outro ponto do território nacional, ou para o exterior. A diária visa a indenizar as parcelas de despesas extraordinárias com pousada, alimentação e locomoção urbana do servidor durante o seu deslocamento. É evidente que se trata de vantagem decorrente de uma situação não ordinária. A diária - assim como qualquer indenização - não integra a remuneração, porque não tem caráter permanente.

¹³⁰ Conforme anteriormente exposto, o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência sedimentada (Súmula Vinculante 16) segundo a qual a garantia de que os servidores públicos não receberão menos do que um salário mínimo (CF, art. 39, § 3.º, combinado com o art. 7.º, IV) diz respeito ao total da remuneração percebida pelo servidor, e não ao seu vencimento básico. Por outras palavras, entende nossa Corte Suprema que, nos termos da Constituição da República, o vencimento básico de um servidor público pode perfeitamente ser menor do que um salário mínimo, desde que o valor da remuneração total - o , vencimento básico somado aos adicionais ou gratificações permanentes a que faça jus o servidor - seja pelo menos Igual ao salário mínimo.

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 427

Outro exemplo singular é o do adicional pela prestação de serviço extraordinário (art. 61, V). Esse adicional corresponde à hora-extra do trabalhador regido pela legislação trabalhista. É evidente que tal adicional só é pago quando o servidor exerce suas atribuições além da jornada legal, ou seja, de forma não ordinária - aliás, o próprio nome do adicional literalmente afirma o seu caráter extraordinário. O adicional de serviço extraordinário, portanto, não integra a remuneração. Alertamos que identificar com precisão as vantagens que devem ser consideradas "vantagens pecuniárias permanentes" não é tarefa fácil. A bem da verdade, segundo pensamos, trata-se de missão impossível. Seja como for, no plano conceitual, vale repetir, podem elas ser definidas como as

vantagens relacionadas ao exercício ordinário das atribuições do cargo. O § 3.º do art. 41 da Lei 8.112/1990 assegura a irredutibilidade do vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens de caráter permanente, ou seja, a irredutibilidade da remuneração em sentido estrito, conforme definida no caput do mesmo art. 41. A Lei 8.852/1994 (art. 1.0, inciso I) chama de "vencimento básico" aquilo que a Lei 8.112/1990 conceitua como "vencimento". Mas a Lei 8.852/1994 também usa a expressão "vencimento básico" para definir o "salário básico" recebido pelos empregados públicos (que têm relação trabalhista, contrato de trabalho, com a administração pública). A mesma Lei 8.852/1994 (art. 1.0, inciso II) denomina "vencimentos" (no plural) "a soma do vencimento básico com as vantagens permanentes relativas ao cargo, emprego, posto ou graduação". Por fim, chama de "remuneração" (art. 1.0, inciso III) "a soma dos vencimentos com os adicionais de caráter individual e demais vantagens", excluindo, entretanto, uma extensa lista de adicionais e vantagens. Apenas para lembrar, "provento" é a prestação pecuniária recebida pelo servidor inativo. É oportuno abrir um parêntese para registrar que a Lei 9.624/1998, em seu art. 14, prevê o pagamento de auxílio financeiro aos candidatos preliminarmente aprovados em concurso público para provimento de cargos na administração pública federal, durante o programa de formação, equivalente a cinquenta por cento da remuneração da classe inicial do cargo a que o candidato estiver concorrendo. Se o candidato já for servidor da administração pública federal em outro cargo efetivo, poderá optar pela percepção da remuneração deste, em vez do auxílio financeiro. 131

3' O mesmo art. 14 da Lei 9.624/1998 estabelece, ainda, em seu § 2.º, que, uma vez aprovado o candidato no programa de formação, o tempo de duração deste será computado, para

428 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • MB1Wf0 Alexendrino & Vicente Paulo

A Lei 8.112/1990 confere grande proteção à remuneração (e aos proventos), em razão do caráter alimentício que esta possui. Por esse motivo, veda a incidência de quaisquer descontos sobre a remuneração, a menos que estejam previstos em lei ou decorram de mandado judicial (art. 45). Além dessa garantia, a Lei 8.112/1990 assegura que a remuneração e o provento não serão objeto de arresto, sequestro ou penhora, exceto nos casos de prestação de alimentos resultante de decisão judicial (art. 48). Portanto, se um servidor público estiver sofrendo execução judicial em razão de inadimplemento de dívida não alimentícia, deverá ser efetuada a penhora, ou outros procedimentos

assecuratórios da execução, sobre seus bens penhoráveis e, se o servidor não possuir bens penhoráveis, a execução será frustrada, uma vez que sua remuneração está protegida pela lei. O art. 46 da Lei 8.112/1990 estatui que as reposições e indenizações ao erário devem ser previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado. Se o interessado optar pelo parcelamento, o valor de cada parcela não pode ser inferior ao correspondente a dez por cento da remuneração, provento ou pensão. Caso o pagamento indevido tenha ocorrido no mês anterior ao do processamento da folha, não se admite o parcelamento: a reposição será feita imediatamente, em uma única parcela. A respeito desse tema - restituição (repetição) de valores indevidamente recebidos pelo servidor ou aposentado -, é importante registrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que, em razão da natureza alimentícia da remuneração e dos proventos, o recebimento, de boa-fé, de valores erroneamente pagos pela administração em decorrência de erro dela na interpretação ou na aplicação da lei não acarreta para o servidor ou aposentado a obrigação de devolver a quantia respectiva. É enfático este excerto de ementa de acórdão de nossa Corte Maior:132

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, já assentou que, havendo boa-fé do servidor público que recebe valores indevidos a título de aposentadoria, só a partir da data em que for ela julgada ilegítima pelo órgão competente deverá ser devolvida a quantia recebida a maior. todos os efeitos, como de efetivo exercício no cargo público em que venha a ser Investido, exceto para fins de estágio probatório, estabilidade, férias e promoção. '32 RE-AgR 450.456/DF, rei. Min. Teori Zavascki, 06.08.2013. No mesmo sentido: MS 26.0851 DF, rei. Min. Cármen Lúcia, 07.04.2008; MS 24.781/DF, red. pi o acórdão, Min. Gilmar Mendes, 02.03.2011.

Cap. 7 •SERVIDORES PÚBLICOS 429

Tal orientação deu origem à Súmula Administrativa AGU 34/2008, cujo enunciado estatui:

5.11.2.

34 -Não estão sujeitos à repetição os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública.

Vantagens

A Lei 8.112/1990 denomina vantagens, de forma genérica, qualquer valor recebido pelo servidor que não se enquadre na definição de "vencimento". As denominadas vantagens

podem ou não integrar a "remuneração" do servidor. Integram a remuneração, segundo a Lei 8.112/1990, as «vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei" (art. 41). Conforme o art. 49 da Lei 8.112/1990, as vantagens dividem-se em:

a) indenizações; b) gratificações; e c) adicionais.

As indenizações não integram, em nenhuma hipótese, a "remuneração" em sentido estrito, descrita no art. 41 da Lei 8.112/1990 (vencimento mais "vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei"). Já os adicionais e as gratificações podem, ou não, fazer parte da remuneração. São remuneração as vantagens que forem permanentes. As indenizações não se incorporam ao vencimento ou provento para qualquer efeito. As gratificações e os adicionais podem incorporar-se ao vencimento ou provento, nos casos e condições indicados em lei.

5.11.2.1. Indenizações

As indenizações estão enumeradas no art. 51 da Lei 8.112/1990. Conforme antes visto, as indenizações não fazem parte da remuneração em sentido estrito, definida no art. 41 da Lei 8.112/1990. As indenizações geralmente possuem caráter eventual e são devidas ao servidor em situações nas quais ele necessitou efetuar alguma despesa para desempenhar suas atribuições. As indenizações, por isso, visam a recompor o patrimônio do servidor que sofreu uma redução em decorrência do regular exercício de suas funções.

430 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marcelo Alaxandrino & Vicente Paulo

A Lei 8.112/1990 arrola quatro espécies de indenizações:

a) ajuda de custo (arts. 53 a 57); A ajuda de custo destina-se a compensar as despesas de instalação do servidor que, no interesse do serviço, passar a ter exercício em nova sede, com mudança de domicílio em caráter permanente. Além do valor pago a título de ajuda de custo decorrente da mudança do servidor para um novo domicílio, a administração assume as despesas de transporte do servidor e de sua família, compreendendo passagem, bagagem e bens pessoais. O valor pago a título de ajuda de custo é calculado sobre a remuneração do servidor não podendo exceder a importância correspondente a três meses de remuneração. O servidor ficará obrigado a restituir a ajuda de custo quando, injustificadamente, não se apresentar na nova sede no prazo de trinta dias. Não será concedida ajuda de custo em nenhuma das modalidades de remoção a pedido previstas na Lei 8.112/1990 -- seja na remoção a pedido concedida a critério da administração, seja na remoção a pedido, para outra localidade, assegurada ao servidor independentemente do

interesse da administração (respectivamente, incisos II e III do parágrafo único do art. 36).

b) diárias (arts. 58 e 59); O servidor que, a serviço, afastar-se da sede em caráter eventual ou transitório para outro ponto do território nacional, ou para o exterior, fará jus a passagens e diárias destinadas a indenizar as parcelas de despesas extraordinárias com pousada, alimentação e locomoção urbana. É importante notar que as diárias somente são devidas ao servidor quando o deslocamento é de caráter eventual. O § 2.º do art. 58 deixa claro que nos casos em que o deslocamento da sede constituir exigência permanente do cargo, o servidor não fará jus a diárias. O servidor que receber diárias e não se afastar da sede, por qualquer motivo, fica obrigado a restituí-las integralmente, no prazo de 5 dias. Se o afastamento do servidor durar menos tempo do que o originalmente previsto, ele deverá restituir as diárias recebidas em excesso, no prazo de 5 dias. Cabe registrar que a concessão e o pagamento de diárias, na esfera federal, estão regulamentados pelo Decreto 5.992/2006 e alterações posteriores.

c) indenização de transporte (art. 60); ... ❖ indenização de transporte é devida ao servidor que, por opção, e condicionada ao interesse da administração, realizar despesas com utilização de meio próprio de locomoção para execução de serviços externos inerentes

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS

às atribuições próprias do cargo que ocupa, efetivo ou comissionado, atestados pela chefia imediata. A indenização corresponde a um valor diário e só pode ser paga ao servidor que estiver no efetivo desempenho das atribuições do cargo, efetivo ou comissionado, vedado o cômputo das ausências e afastamentos, ainda que considerados em lei como de efetivo exercício. Essa indenização está regulamentada pelo Decreto 3.184/1999, alterado pelo Decreto 7.132/2010.

d) auxílio-moradia (arts. 60-A a 60-E). O auxílio-moradia, acrescentado à Lei 8.112/1990 pela Lei 11.355/2006, consiste no ressarcimento das despesas comprovadamente realizadas pelo servidor com aluguel de moradia ou com meio de hospedagem administrado por empresa hoteleira, no prazo de um mês após a comprovação da despesa pelo servidor (art. 60-A). Ele só será pago a servidor que tenha se mudado do local de residência para ocupar cargo em comissão ou função de confiança do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, níveis 4, 5 e 6, de Natureza Especial, de Ministro de Estado ou equivalentes. Só se aplica, ademais, aos deslocamentos que tenham ocorrido após trinta de junho de 2006. O art. 60-B da Lei 8.112/1990 estabelece, além da exigência descrita no parágrafo anterior, uma série de requisitos para que o servidor faça jus a essa

indenização, merecendo menção a exigência de que não exista imóvel funcional disponível para uso pelo servidor, de que seu cônjuge ou companheiro não ocupe imóvel funcional, de que nenhuma outra pessoa que resida com o servidor receba auxílio-moradia e de que o deslocamento não tenha sido por força de alteração de lotação ou nomeação para cargo efetivo. O art. 60-C da Lei 8.112/1990 estabelecia um limite temporal para a concessão do auxílio-moradia: oito anos dentro de cada período de doze anos. Esse artigo, entretanto, foi revogado pela Lei 12.998/2014, de sorte que, atualmente, não há prazo máximo de duração do pagamento do auxílio-moradia. O valor mensal do auxílio-moradia, em regra, é limitado a vinte e cinco por cento do valor do cargo em comissão, função comissionada ou cargo de Ministro de Estado ocupado, não podendo, em qualquer caso, superar vinte e cinco por cento da remuneração de Ministro de Estado. Independentemente do valor do cargo em comissão ou função comissionada, entretanto, é garantido o ressarcimento mensal de até R\$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais) ao servidor que fizer jus ao auxílio-moradia (art. 60-D). Exemplificando, se a remuneração do cargo em comissão ocupado pelo servidor for de R\$ 6.000,00, em vez de se aplicar o limite de vinte e cinco

432 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marcelo Alexandrino & Vice nte Paulo

por cento do valor dessa remuneração (que representaria R\$ 1.500,00), será assegurado ao servidor o ressarcimento das despesas pertinentes ao auxílio-moradia comprovadas até o valor de R\$ 1.800,00. No caso de falecimento, exoneração, colocação de imóvel funcional à disposição do servidor ou aquisição de imóvel, o auxílio-moradia continuará sendo pago por um mês (art. 60-E).

5.11.2.2. Retribuições, gratificações e adicionais

As retribuições, gratificações e adicionais a que fazem jus os servidores públicos federais estão enwnerados no art. 61 da Lei 8.112/1990. A lista não é taxativa (*numerus c/ausus*), isto é, existem outras gratificações e adicionais, previstos em lei, além dos arrolados no referido dispositivo. É a seguinte a redação do art. 61 da Lei 8.112/1990:

Art. 61. Além do vencimento e das vantagens previstas nesta Lei, serão deferidos aos servidores as seguintes retribuições, gratificações e adicionais: I - retribuição pelo exercício de função de direção, chefia e assessoramento; II - gratificação natalina; III - REVOGADO IV - adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas; V - adicional pela prestação de serviço extraordinário; VI - adicional noturno;

VII - adicional de férias; VIII - outros, relativos ao local ou à natureza do trabalho; IX - gratificação por encargo de curso ou concurso.

Do revogado inciso III constava o "adicional por tempo de serviço". Tratem-se sucintamente das vantagens arroladas nos demais incisos:

a) retribuição pelo exercício de função de direção, chefia e assessoramento; A Lei 8.112/1990, no seu art. 62, limita-se a afirmar, sem maior detalhamento, que "ao servidor ocupante de cargo efetivo investido em função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de Natureza Especial é devida retribuição pelo seu exercício". Acerca da forma de pagamento dessa retribuição nada mais é dito.

Cap. 7 •SERVIDORES PÚBLICOS 433

No seu parágrafo único, o mesmo art. 62 estatui que a remuneração dos cargos em comissão deve ser estabelecida em lei específica. Atualmente, essa disposição é inteiramente inócua, porque, a partir da EC 19/1998, passou a ser exigência constitucional expressa que a fixação da remuneração dos cargos públicos ocorra mediante lei específica (CF, art. 37, X). Convém observar que, na redação original do art. 62 da Lei 8.112/1990, era prevista a incorporação dessa retribuição (chamada de gratificação, na época) à remuneração do servidor e aos proventos do aposentado. Essa possibilidade há muito deixou de existir, e as incorporações já ocorridas foram transformadas em "Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI", consoante dispõe o atual art. 62-A da Lei 8.112/1990.

b) gratificação natalina; A gratificação natalina equivale ao décimo terceiro salário dos trabalhadores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. A gratificação natalina corresponde a 1/12 (um doze avos) da remuneração a que o servidor fizer jus no mês de dezembro, por mês de exercício no respectivo ano, sendo fração igual ou superior a quinze dias considerada como mês integral para efeito de cálculo (art. 63). Exemplificando, se o servidor entra em exercício no dia 1º de setembro e sua remuneração em dezembro for de R\$ 6.000,00, sua gratificação natalina será de 4/12 de R\$ 6.000,00, ou seja, R\$ 2.000,00.

e) adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas; O adicional de insalubridade é devido ao servidor que, em razão de suas funções, está em constante contato com substâncias ou elementos que podem, no longo prazo, provocar deterioração de sua saúde, a exemplo do servidor que trabalha com raios X. O adicional de periculosidade é pago ao servidor que coloca em risco sua integridade física em razão do exercício de suas funções, tal como o agente que trabalha em redes de alta tensão. Os

adicionais de insalubridade e de periculosidade não podem ser recebidos cumulativamente. O § 1.º do art. 68 da Lei 8.112/1990 determina que o servidor que fizer jus a ambos os adicionais opte por um deles. A Lei 8.270/1991, em seu art. 12, complementa as disposições da Lei 8.112/1990 acerca dos adicionais de insalubridade e de periculosidade. Dispõe esse artigo que os servidores federais fazem jus a tais adicionais "nos termos das normas legais e regulamentares pertinentes aos trabalhadores em geral" e que os percentuais serão de "cinco, dez e vinte por cento; no caso de insalubridade nos graus mínimo, médio e máximo, respectivamente 10%; 20%; e 30%; de

434 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marcelo Alexandrino & Vicente Paulo

"dez por cento, no de periculosidade". Por fim, o § 3.º do artigo em comento determina que os percentuais "incidem sobre o vencimento do cargo efetivo". O adicional de penosidade está relacionado à localidade em que o servidor é lotado. O art. 71 da lei determina o seu pagamento aos servidores em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida (penosas) o justifiquem. Cabe mencionar que há quem entenda que esse adicional de penosidade não mais existe. Segundo essa interpretação, o art. 71 da Lei 8.112/1990 teria sido tacitamente revogado pelo art. 17 da Lei 8.270/1991, porque este, posterior àquele, regulou inteiramente a matéria (art. 2.º, § 1.º, do Decreto-Lei 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Com efeito, veja-se a redação do art. 17 da Lei 8.270/1991:

Art. 17. Será concedida gratificação especial de localidade aos servidores da União, das autarquias e das fundações públicas federais em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, conforme dispuser regulamento a ser baixado pelo Poder Executivo no prazo de trinta dias.

Ocorre que o art. 17 da Lei 8.270/1991 foi expressamente revogado pelo art. 2.º da Lei 9.527/1997, fato que, evidentemente, não teria o condão de restaurar a vigência do art. 71 da Lei 8.112/1990 - se se entender que este foi mesmo tacitamente revogado pelo art. 17 da Lei 8.270/1991 -, uma vez que, no Brasil, não se admite a denominada reconstituição tácita (art. 2.º, § 3.º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Nossa opinião é que essa interpretação é a mais consentânea com o ordenamento jurídico pátrio. A circunstância de o art. 71 da Lei 8.112/1990 chamar de "adicional" o acréscimo pecuniário nele tratado e o art. 17 da Lei 8.270/1991 denominar "gratificação" a vantagem nele prevista é, a nosso ver, inteiramente irrelevante para o fim de determinar a natureza jurídica de um e de outra. Trata-se de parcela pecuniária de mesma natureza, concedida

em razão de idêntico fundamento: ter o servidor público federal "exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem". Assim, pensamos que o dispositivo posterior tacitamente revogou o anterior, por regular inteiramente a matéria. Desse modo, com a revogação expressa do art. 17 da Lei 8.270/1991, simplesmente deixou de existir dispositivo legal que estipule de forma ampla, para os servidores estatutários federais em geral, vantagem pecuniária cujo fundamento seja o exercício do cargo "em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem".
Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 435.

Vem a propósito, aliás, apontar que a Lei 12.855/2013 criou uma indenização a ser concedida ao servidor público federal regido pela Lei 8.112/1990 "em exercício de atividade nas delegacias e postos do Departamento de Polícia Federal e do Departamento de Polícia Rodoviária Federal e em unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Ministério do Trabalho e Emprego situadas em localidades estratégicas, vinculadas à prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos transfronteiriços". Essas "localidades estratégicas", definidas em ato do Poder Executivo, devem corresponder a municípios localizados em região de fronteira em que se verifique dificuldade de fixação de efetivo. Conforme se constata, o fundamento dessa indenização é muito semelhante àquele do adicional de penosidade previsto no art. 71 da Lei 8.112/1990 (que pensamos estar revogado). A diferença é que a indenização em comento só alcança alguns cargos específicos no âmbito do serviço público federal, enumerados na própria Lei 12.855/2013 - e não todos os servidores estatutários regidos pela Lei 8.112/1990.

d) adicional pela prestação de serviço extraordinário; O serviço extraordinário é aquele exercido além da jornada ordinária de trabalho (hora-extra). A Lei 8.112/1990 determina que o serviço extraordinário seja remunerado com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) em relação à hora normal de trabalho (art. 73). Somente será permitido serviço extraordinário para atender a situações excepcionais e temporárias, respeitado o limite máximo de duas horas por jornada (art. 74).

e) adicional noturno; O adicional noturno é devido pela prestação de serviço no horário compreendido entre 22 horas de um dia e 5 horas da manhã do dia seguinte. O servidor que presta serviço noturno recebe, a título de adicional noturno, 25% de acréscimo sobre o valor da hora paga pelo mesmo serviço exercido em horário diurno. Além disso, considera-se uma hora de serviço noturno o período de cinquenta e dois minutos e trinta segundos (art. 75). O adicional de serviço noturno é calculado cumulativamente com o

adicional de serviço extraordinário, se for o caso. Assim, se o serviço noturno for extraordinário (estiver além da jornada diária normal do servidor), o acréscimo de 25% será calculado sobre a remuneração já aumentada dos 50% correspondentes ao adicional por serviço extraordinário. Exemplificando, se a hora de trabalho do servidor é normalmente remunerada em R\$ 24,00, esse servidor receberia R\$ 36,00 pelo exercício de serviço extraordinário. Se o

"36 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marcelo Alexandrino & Vicente Paulo

serviço extraordinário for exercido em horário noturno, a hora (de 52 minutos e meio) será remunerada em R\$ 45,00 (R\$ 36,00 + 25% de R\$ 36,00).

t) adicional de férias; A Constituição Federal assegura a todos os servidores ocupantes de cargo público férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que a remuneração normal (art. 7.º, XVII, combinado com o art. 39, § 3.º). A Lei 8.112/1990 chama de "adicional de férias" esse acréscimo, fixa-o em um terço da remuneração do período das férias e determina que ele seja pago independentemente de solicitação do servidor (art. 76). O servidor que exerça função de direção, chefia ou assessoramento, ou ocupe cargo em comissão, terá a respectiva vantagem incluída na base de cálculo do adicional de férias (art. 76, parágrafo único).

g) gratificação por encargo de curso ou concurso. A gratificação por encargo de curso ou concurso está prevista no art. 76-A da Lei 8.112/1990. O pagamento dessa gratificação foi regulamentado pelo Decreto 6.114/2007. Essa gratificação é devida ao servidor que, em caráter eventual: I - atuar como instrutor em curso de formação, de desenvolvimento ou de treinamento regularmente instituído no âmbito da administração pública federal; II - participar de banca examinadora ou de comissão para exames orais, para análise curricular, para correção de provas discursivas, para elaboração de questões de provas ou para julgamento de recursos intentados por candidatos; III - participar da logística de preparação e de realização de concurso público envolvendo atividades de planejamento, coordenação, supervisão, execução e avaliação de resultado, quando tais atividades não estiverem incluídas entre as suas atribuições permanentes; IV - participar da aplicação, fiscalizar ou avaliar provas de exame vestibular ou de concurso público ou supervisionar essas atividades.

A lei atribui ao regulamento a estipulação dos critérios de concessão da gratificação e dos seus limites, mas o texto legal, desde logo, estabelece alguns parâmetros, por exemplo, determinando que o valor da gratificação será calculado em horas e que o servidor não

poderá receber mais do que 120 horas de trabalho por ano, "ressalvada situação de excepcionalidade,

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 437

devidamente justificada e previamente aprovada pela autoridade máxima do órgão ou entidade, que poderá autorizar o acréscimo de até 120 (cento e vinte) horas de trabalho anuais". Além disso, a própria lei fixa valores máximos para a hora trabalhada. A gratificação somente será paga se as atividades referidas acima forem exercidas sem prejuízo das atribuições do cargo de que o servidor for titular, devendo ser objeto de compensação de carga horária quando desempenhadas durante a jornada de trabalho. Nos termos do art. 8.º do Decreto 6.114/2007, "as horas trabalhadas em atividades inerentes a cursos, concursos públicos ou exames vestibulares, quando desempenhadas durante a jornada de trabalho, deverão ser compensadas no prazo de até um ano". Será concedido horário especial, vinculado à compensação de horário a ser efetivada no prazo de até um ano, ao servidor que desempenhe atividade prevista nos incisos I e II, acima transcritos. A gratificação por encargo de curso ou concurso não se incorpora ao vencimento ou salário do servidor para qualquer efeito e não poderá ser utilizada como base de cálculo para quaisquer outras vantagens, inclusive para fins de cálculo dos proventos da aposentadoria e das pensões.

5.71.3. Férias

A Constituição de 1988 assegura a todos os servidores ocupantes de cargo público gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que a remuneração normal (art. 7.º, XVII, combinado com o art. 39, § 3.º). A Lei 8.112/1990 estatui que as férias anuais serão de trinta dias e "podem ser acumuladas, até o máximo de dois períodos, no caso de necessidade do serviço, ressalvadas as hipóteses em que haja legislação específica" (art. 77). O acréscimo remuneratório de que trata o texto constitucional foi fixado pela Lei 8.112/1990 - que o intitulou "adicional de férias" - em um terço da remuneração do período das férias, devendo ser pago, por ocasião das férias, independentemente de solicitação do servidor (art. 76). Caso o servidor exerça função de direção, chefia ou assessoramento, ou tenha cargo em comissão, a respectiva vantagem será considerada no cálculo do adicional de férias. O pagamento da remuneração das férias será efetuado até dois dias antes do início do respectivo período (art. 78). Para o primeiro período aquisitivo de férias serão exigidos doze meses de exercício (art. 77, § 1.º). A lei proíbe que se leve à conta de férias qualquer falta ao serviço, ou seja, o servidor

não pode, com o intuito de evitar as consequências deletérias que a lei atribui às ausências injustificadas,

43' DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marcelo AleKandrfno & Vicente Paulo

pretender compensar os dias que sem justificativa tenha faltado ao serviço subtraindo de suas férias igual quantidade de dias (art. 77, § 2.º). As férias poderão ser parceladas em até três etapas, desde que o servidor assim requeira (art. 77, § 3.º). O parcelamento é ato de disciplina da administração, que poderá deferir a solicitação, ou não, conforme avaliação de oportunidade e conveniência para o serviço. Em caso de parcelamento, o servidor receberá o valor do adicional de férias por ocasião da fruição do primeiro período (art. 78, § 5.0). As férias somente poderão ser interrompidas por motivo de calamidade pública, convocação interna, convocação para júri, serviço militar ou eleitoral, ou por necessidade do serviço declarada pela autoridade máxima do órgão ou entidade (art. 80). O restante do período interrompido será gozado de uma só vez. Não está prevista na lei consequência para a hipótese de ocorrer, concretamente, acumulação de mais de dois períodos de férias anuais por um servidor. Segundo o entendimento prevalente no âmbito da administração pública federal, ele simplesmente perderá o direito às férias que ultrapassarem dois períodos. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), entretanto, diante de situação em que um servidor federal regido pela Lei 8.112/1990 acumulara mais de dois períodos de férias, decidiu que não se pode admitir que o servidor perca o seu direito. Significa dizer, o servidor, se ainda for ativo, poderá, sim, gozar os seus períodos acumulados de férias, não importa quantos sejam (na hipótese de o servidor cessar definitivamente o exercício do cargo, os períodos ainda não gozados deverão ser convertidos em dinheiro). Vale transcrever o seguinte trecho da ementa da decisão do STJ em que essa posição foi sustentada: 133 A melhor exegese do art. 77 da Lei n.º 8.112/90 é no sentido de que o acúmulo de mais de dois períodos de férias não gozadas pelo servidor não implica a perda do direito, notadamente se se levar em conta que esse dispositivo tem por objetivo resguardar a saúde do servidor.

Aproveitando a menção à jurisprudência do STJ, vem a propósito anotar que essa Corte Superior entende que as hipóteses de afastamento do servidor do exercício do seu cargo consideradas pela lei como de efetivo exercício não prejudicam o seu direito às férias, com as consequentes vantagens pecuniárias. Veja-se a respeito, pela extrema clareza, a seguinte ementa de acórdão do STJ: 134 133 MS 13.391/DF, rei. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 27.04.2011. .. REsp-AgR 1.377.925/AL, rei. Min. Humberto Martins,

20.06.2013. No mesmo sentido: REsp 1.370.581/AL, rei. Min. Herman Benjamin, 11.04.2013; REsp 1.399.952/AL, rei. Mln. Eliana Calmon, 15.10.2013.

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS I. Trata-se, na origem, de mandado de segurança em que se objetiva assegurar o direito à percepção das férias com as consequentes vantagens pecuniárias, enquanto permanecer afastado para participação em curso de pós-graduação stricto sensu no país, na modalidade doutorado. 2. O STJ, em tema idêntico, decidiu que faz jus o servidor às férias nos períodos correspondentes ao afastamento para participação em programa ' de pós-graduação stricto sensu no país ou de licença para capacitação, até porque tais períodos são considerados como de efetivo exercício, nos termos do art. 102, IV e VIII, "e", da Lei n. 8.112/90. 3. Não cabe ao regulamento, ou a qualquer norma infralegal, criar restrições ao gozo dos direitos sociais, mediante interpretação que afronte a razoabilidade e resulte na redução da inteligência conferida ao termo "efetivo exercício".

439

A Lei 8.112/1990 preceitua que o servidor exonerado do cargo efetivo ou em comissão perceberá indenização relativa ao período das férias a que tiver direito e ao incompleto, na proporção de um doze avos por mês de efetivo exercício, ou fração superior a quatorze dias, sendo a indenização calculada com base na remuneração do mês em que for publicado o ato exoneratório (art. 78, §§ 3.º e 4.º). Para além dessa previsão de indenização contida nos §§ 3.º e 4.º do art. 78 da Lei 8.112/1990, é pacífico, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que o servidor que fique impossibilitado de gozar suas férias, seja em razão do rompimento do vínculo com a administração, seja porque passou para a inatividade, tem direito à conversão das férias não gozadas em indenização pecuniária, independentemente de lei que expressamente reconheça a ele tal direito.¹³⁵ O fundamento dessa orientação é a vedação ao enriquecimento sem causa da administração. Aliás, abre-se um parêntese para pontuar que, em face de tal fundamentação - vedação ao enriquecimento sem causa -, assoma acertado inferir que, também para nossa Corte Suprema, não se mostra compatível com o ordenamento jurídico pátrio a tese, defendida pela administração pública federal, segundo a qual o servidor regido pela Lei 8.112/1990 que acumule férias simplesmente perderia o direito às que ultrapassem o limite de dois períodos. Esse servidor poderá, sim, gozar todos os períodos de férias anuais ¹³⁵ ARE 721.001/RJ (repercussão geral), rei. Mln. Gilmar Mendes, 28.02.2013. No mesmo sentido: ARE-AgR 731.803/RJ, rei. Mln. Ricardo Lewandowski, 14.05.2013; AI-AgR 836.957/MA, rei. Mln. Dias Toffoli, 11.03.2014.

que acumulou, não importa quantos forem. E não se admite que, tendo o servidor a possibilidade de fruir as férias - porque ainda está em atividade, não houve cessação definitiva do exercício de seu cargo -, a administração, que está constitucionalmente obrigada a concedê-las, deixe de fazê-lo e pretenda, a seu talante, substituí-las por uma indenização pecuniária.¹³⁶ Anote-se, por derradeiro, que, em qualquer hipótese de pagamento de indenização por férias não usufruídas, o adicional de férias de um terço sobre a remuneração normal será obrigatoriamente incluído.¹³⁷

5.11.4. Licenças

a) licença por motivo de doença em pessoa da família; Consoante o art. 83, caput, da Lei 8.112/1990, poderá ser concedida licença ao servidor por motivo de doença do cônjuge ou companheiro, dos pais, dos filhos, do padrasto ou madrasta e enteado, ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, mediante comprovação por perícia médica oficial. Embora o caput do art. 83 afirme que a licença "poderá ser concedida", pensamos ser francamente majoritário, inclusive no âmbito da própria administração pública federal, o entendimento de que a concessão dessa licença é ato vinculado, vale dizer, uma vez cumpridas todas as exigências legais, o servidor tem direito subjetivo à obtenção da licença, que deverá ser gozada em conformidade com os termos da lei. A concessão dessa licença, e cada uma de suas prorrogações, serão precedidas de exame por perícia médica oficial. Poderá, entretanto, ser dispensada a perícia oficial, na forma definida em regulamento, se a licença for inferior a quinze dias, dentro de um ano (art. 81, § 1.º, combinado com o art. 204). A licença somente será concedida se o servidor comprovar ser indispensável sua assistência direta e esta não puder ser prestada simultaneamente com o exercício do cargo ou mediante compensação de horário. É vedado ao servidor o exercício de atividade remunerada durante o período da licença (art. 81, § 3.º). A licença, incluídas as prorrogações, poderá ser concedida a cada período de doze meses nas seguintes condições: (a) por até sessenta dias, consecutivos ou não, mantida a remuneração do servidor; e (b) por até noventa dias, consecutivos ou não, sem remuneração. A soma das licenças remuneradas e das licenças não remuneradas, incluídas as respectivas prorrogações, concedidas em um mesmo período de doze meses, não poderá

130 ARE-ED 721.001/RJ (repercussão geral), rei. Mln. Gilmar Mendes, 28.08.2014. 137 RE 570.908/RN (repercussão geral), rei. Min. Cármen Lúcia, 16.09.2009 (vide Informativo 559 do STF).

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 441

ultrapassar esses limites. O início do interstício de doze meses aqui referido será contado a partir da data do deferimento da primeira licença concedida. O tempo de licença, com remuneração, que exceder a trinta dias em período de doze meses é contado apenas para efeito de aposentadoria e disponibilidade. O tempo de licença não remunerada não é contado para nenhum efeito.

b) licença por motivo de afastamento do cônjuge; Poderá ser concedida licença ao servidor para acompanhar cônjuge ou companheiro que foi deslocado para outro ponto do território nacional, para o exterior ou para o exercício de mandato eletivo dos Poderes Executivo e Legislativo (art. 84). A licença será por prazo indeterminado e sem remuneração e o período de fruição não é computado como tempo de serviço para qualquer efeito. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a concessão da licença ora em questão é um ato vinculado - apesar de a lei afirmar que ela "poderá ser concedida". Ademais, para a sua concessão, não é exigido que o cônjuge do servidor que pleiteia a licença seja também servidor público, tampouco que o deslocamento do cônjuge tenha sido atual. Assim, imagine-se um casal, marido e mulher, em que o primeiro seja servidor público e ela empregada de uma empresa privada. Se a empresa deslocá-la para outro ponto do território nacional, ou para o exterior, terá o servidor direito a essa licença. E terá direito a sua concessão mesmo que só venha a requerê-la algum tempo depois de sua esposa ter sido deslocada.¹³⁸ O § 2.º do art. 84 da Lei 8.112/1990 prevê a possibilidade de exercício provisório em órgão ou entidade da administração federal direta, autárquica ou fundacional, no caso de deslocamento de servidor cujo cônjuge ou companheiro também :seja servidor público, civil ou militar, de qualquer dos poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, desde que para o exercício de atividade compatível com o seu cargo. Conforme orientação do Supremo Tribunal Federal, esse § 2.º do art. 84 da Lei 8.112/ 1990 não se aplica ao caso em que o cônjuge ou companheiro seja nomeado e empossado em cargo público e a localidade inicial do respectivo exercício não seja a mesma em que o casal reside. Dito de outra forma, a licença por motivo de afastamento do cônjuge visando ao exercício provisório de que trata o art. 84 da Lei 8.112/1990 não se aplica quando, em razão de provimento originário

de cargo público, seja determinada a 138 REsp-AgR 1.243.276/PR, rei. Min. Benedito Gonçalves, 05.02.2013 (vide Infonnatlv 515 do STJ).

442 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marcelo Alexandrino & Vicente Paulo

lotação inicial do cônjuge ou companheiro em localidade diferente daquela em que, até então, a família residia. 139

c) licença para o serviço mllltar; Ao servidor convocado para o serviço militar será concedida licença, na forma e condições previstas na legislação específica (art. 85). Concluído o serviço militar, o servidor terá até 30 dias, sem remuneração, para reassumir o exercício do cargo. O período de licença é considerado como de efetivo exercício (art. 102, VIII, "f").

d) licença para atividade política; A licença para atividade política, prevista no art. 86 da Lei 8.112/1990, é concedida ao servidor nas seguintes condições:

a) sem remuneração, durante o período que mediar entre a sua escolha em convenção partidária, como candidato a cargo eletivo, e a véspera do registro de sua candidatura perante a Justiça Eleitoral. Esse período não é computado como tempo de serviço; b) com a remuneração do cargo efetivo, a partir do registro da candidatura e até o décimo dia seguinte ao da eleição. A remuneração somente será paga pelo período de três meses. Caso o período entre o registro da candidatura e o décimo dia seguinte ao da eleição supere três meses, o servidor poderá permanecer de licença, mas sem direito à remuneração. Esse período de licença será computado como tempo de serviço apenas para efeito de aposentadoria e disponibilidade (art. 103, Iii).

e) licença para capacitação; Após cada cinco anos de efetivo exercício, não acumuláveis, o servidor poderá, no interesse da administração, afastar-se do exercício do cargo efetivo, com a respectiva remuneração, por até três meses, para participar de curso de capacitação profissional. A concessão dessa licença é ato amplamente discricionário da administração. Além disso, como os períodos não são acumuláveis, não é possível, por exemplo, o servidor, após dez anos de exercício, realizar um curso de seis meses. Essa licença não pode ser concedida para o servidor que esteja em estágio probatório (art. 20, § 4.0). Pode-se afirmar que essa licença veio, de certa forma, substituir a licença-prêmio por assiduidade, não mais existente para os servidores regidos pela 1311 MS 28.620/DF, rei. Min. Dias Tolfoli, 23.09.2014 (vide Informativo 760 do STF).

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS

Lei 8.112/1990. A concessão da licença-prêmio era ato vinculado; a ela tinham direito todos os servidores que preenchessem os requisitos da lei. O Decreto 5.707/2006 - especialmente as disposições constantes de seu art. 1º - regulamenta a "licença para capacitação" ora em comento. O período de licença para capacitação é considerado como de efetivo exercício para efeito de contagem do tempo de serviço, nos termos do art. 102, VIII, "e", da Lei 8.112/1990.

f) licença para tratar de interesses particulares; Ao servidor ocupante de cargo efetivo, que não esteja em estágio probatório, poderá ser concedida licença não remunerada para tratar de assuntos particulares. A licença poderá durar até três anos e pode ser interrompida a qualquer tempo, a pedido do servidor ou no interesse do serviço (Lei 8.112/1990, art. 91, com a redação dada pela MP 2.225-45/2001). A concessão dessa licença é ato marcadamente discricionário, podendo ela, mesmo depois de concedida, ser interrompida no interesse da administração, como acima mencionado. O período de licença, evidentemente, não é computado como tempo de serviço para qualquer efeito.

g) licença para o desempenho de mandato classista ou para participar de administração em cooperativa de servidores públicos; O servidor tem direito a essa licença, sem remuneração, para o desempenho de mandato em confederação, federação, associação de classe de âmbito nacional, sindicato representativo da categoria ou entidade fiscalizadora da profissão ou, ainda, para participar de gerência ou administração em sociedade cooperativa constituída por servidores públicos para prestar serviços a seus membros (art. 92). Somente poderão ser licenciados os servidores eleitos para cargos de direção ou de representação nas referidas entidades, desde que cadastradas no órgão competente. A licença terá duração igual à do mandato, podendo ser renovada, no caso de reeleição. O tempo de fruição da licença é computado como de efetivo exercício para todos os efeitos, exceto para promoção por merecimento (art. 102, VIII, "c"). Essa licença não pode ser concedida para o servidor que esteja em estágio probatório (art. 20, § 4.º).

h) licença para tratamento de saúde; Será concedida ao servidor licença para tratamento de saúde, a pedido ou de ofício, com base em perícia médica, sem prejuízo da remuneração a que fizer jus (art. 202).

444 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marcelo Alexandrino & Vicente Paulo

Essa licença será concedida com base em perícia oficial. A perícia oficial para a concessão da licença (bem como os demais casos de perícia oficial previstos na Lei 8.112/1990) será efetuada por cirurgiões-dentistas, nas hipóteses em que abranger o campo de atuação da

odontologia. Sempre que necessário, a inspeção médica será realizada na residência do servidor ou no estabelecimento hospitalar onde se encontrar internado. Em hipóteses excepcionais, previstas no art. 203, § 2.º, da Lei 8.112/1990, será aceito atestado passado por médico particular, o qual somente produzirá efeitos depois de recepcionado pela unidade de recursos humanos do órgão ou entidade. A licença que exceder o prazo de cento e vinte dias no período de doze meses a contar do primeiro dia de afastamento será concedida mediante avaliação por junta médica oficial. A licença para tratamento de saúde inferior a quinze dias, dentro de um ano, poderá ser dispensada de perícia oficial, na forma definida em regulamento. O servidor será submetido a exames médicos periódicos, nos termos e condições definidos em regulamento (art. 206-A). Para dar cumprimento a essa determinação legal, a União e suas autarquias e fundações poderão:

- I - prestar os exames médicos periódicos diretamente pelo órgão ou entidade à qual se encontra vinculado o servidor;
- II - celebrar convênio ou instrumento de cooperação ou parceria com os órgãos e entidades da administração direta, suas autarquias e fundações;
- III - celebrar convênios com operadoras de plano de assistência à saúde, organizadas na modalidade de autogestão, que possuam autorização de funcionamento do órgão regulador; ou
- IV - prestar os exames médicos periódicos mediante contrato administrativo, observado o disposto na Lei 8.666/1993 e demais normas pertinentes.

O Decreto 6.856/2009 regulamenta o art. 206-A da Lei 8.112/1990. O prazo máximo contínuo de licença para tratamento de saúde é de 24 meses. Ao fim de 24 meses de licença, se o servidor não estiver em condições de reassumir o cargo ou de ser readaptado, será aposentado por invalidez permanente, desde que a licença tenha sido motivada pela enfermidade ensejadora da invalidez, ou por doenças correlacionadas. Caso o servidor deva ser aposentado por invalidez, o lapso de tempo compreendido entre o término da licença e a publicação do ato da aposentadoria será considerado como de prorrogação da licença (art. 188, § 3.º).

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 445

A critério da administração, o servidor em licença para tratamento de saúde ou aposentado por invalidez poderá ser convocado a qualquer momento, para avaliação das condições que ensejaram o afastamento ou a aposentadoria. O período de licença é computado como tempo de efetivo exercício até o limite de vinte e quatro meses, cumulativos ao longo do tempo de serviço público prestado à União, em cargo de provimento efetivo (art. 102, VIII, "b"). A partir de 24 meses, cumulativos ao longo de todo o tempo de serviço público prestado à União, em cargo de provimento efetivo, o período de licença será considerado

como tempo de serviço apenas para efeito de aposentadoria e disponibilidade (art. 103, VII). Vale registrar que essa licença está regulamentada pelo Decreto 7.003/2009. 1) licença à gestante, à adotante e licença-paternidade; A licença à gestante tem base no art. 7.0, XVIII, da Constituição Federal e é um direito de todas as trabalhadoras. O art. 207 da Lei 8.112/1990 concede licença à servidora gestante por cento e vinte dias consecutivos, sem prejuízo da remuneração. A concessão dessa licença é ato vinculado, ou seja, é um direito da gestante não condicionado a qualquer valoração de oportunidade ou conveniência da administração, ou de interesse, ou prejuízo, que a licença possa acarretar ao serviço. O direito à licença pode ser exercido pela servidora a partir do primeiro dia do nono mês de gestação, salvo antecipação por prescrição médica. No caso de nascimento prematuro, a licença terá início a partir do parto. No caso de natimorto, a servidora ficará em licença por 30 dias e, após, será submetida a exame médico, reassumindo o exercício se julgada apta. No caso de aborto atestado por médico oficial, a servidora terá direito a 30 dias de repouso remunerado. A servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança tem direito a licença remunerada de (art. 210):

1) 90 dias se a criança tiver até 1 ano de idade; ou 2) 30 dias se a criança tiver mais de 1 ano de idade.

É relevante registrar que a Lei 11.770/2008, em seu art. 2.º, autorizou a administração pública de todas as esferas da Federação a "instituir programa que garanta prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras", por

446 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marcelo Alexandrino & Virente Paulo

sessenta dias, a ser concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade, desde que requerida pela servidora conforme previsto na citada lei, garantida essa prorrogação, também, na mesma proporção, à servidora que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança. No âmbito da administração direta, das autarquias e das fundações públicas federais, o Decreto 6.690/2008 instituiu o "Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante", regulamentando as prorrogações em foco, a serem custeadas com recursos do Tesouro Nacional. A prorrogação será garantida à servidora pública que requeira o benefício até o final do primeiro mês após o parto e terá duração de sessenta dias (art. 2.0, § 1.0). O benefício da prorrogação será igualmente garantido a quem adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, na seguinte proporção:

1 - para as servidoras públicas em gozo do benefício do salário-maternidade de que trata o art. 71-A da Lei 8.213/1991: a) sessenta dias, no caso de criança de até um ano de idade; b) trinta dias, no caso de criança de mais de um e menos de quatro anos de idade; e c) quinze dias, no caso de criança de quatro a oito anos de idade. II - para as servidoras públicas em gozo do benefício da licença à adotante de que trata o art. 210 da Lei 8.112/1990: a) quarenta e cinco dias, no caso de criança de até um ano de idade; e b) quinze dias, no caso de criança com mais de um ano de idade (considera-se criança a pessoa de até doze anos de idade incompletos).

Durante a prorrogação de que trata o Decreto 6.690/2008, as servidoras públicas beneficiárias não poderão exercer qualquer atividade remunerada e a criança não poderá ser mantida em creche ou organização similar, sob pena de perda do direito à prorrogação, sem prejuízo do devido ressarcimento ao erário. Pelo nascimento ou adoção de filhos, o servidor terá direito à licença-paternidade, remunerada, de 5 dias consecutivos (art. 208). Os períodos de gozo das licenças descritas nesse tópico consideram-se como de efetivo exercício para efeito de contagem do tempo de serviço (art. 102, VIII, "a").

j) licença por acidente em serviço. A licença por acidente em serviço assemelha-se à licença para tratar da própria saúde. A licença, evidentemente, é concedida com remuneração

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 447

integral e o tempo de afastamento é contado como de efetivo exercício para todos os efeitos legais. Configura acidente em serviço o dano físico ou mental sofrido pelo servidor, que se relacione, mediata ou imediatamente, com as atribuições do cargo exercido. Equipara-se ao acidente em serviço o dano decorrente de agressão sofrida e não provocada pelo servidor no exercício do cargo e o dano sofrido no percurso da residência para o trabalho e vice-versa (art. 212). A prova do acidente deve ser feita no prazo de 1 O dias, prorrogável quando as circunstâncias o exigirem. Se, ao término de 24 meses, o servidor não estiver em condições de reassumir o cargo ou de ser readaptado, será aposentado por invalidez permanente (art. 188, §§ 1.º e 2.º).

5.11.5. Afastamentos e concessões

Entre os direitos e vantagens previstos na Lei 8.112/1990 constam os denominados "afastamentos" e as assim chamadas "concessões". Há quatro hipóteses de afastamentos previstas na lei, a saber:

a) afastamento para servir a outro órgão ou entidade (art. 93); b) afastamento para exercício de mandato eletivo (art. 94, cujas disposições essencialmente reproduzem as

vazadas no art. 38 da Constituição Federal, anteriormente examinadas); c) afastamento para estudo ou missão no exterior (arts. 95 e 96); d) afastamento para participação em programa de pós-graduação stricto sensu no País (art. 96-A, acrescentado pela Lei 11.907/2009 e alterado pela Lei 12.269/2010).

As denominadas concessões previstas na Lei 8.112/1990 podem ser classificadas em três categorias, a saber:

a) direito de ausentar-se do serviço, sem qualquer prejuízo, durante (art. 97): a. 1. um dia, para doação de sangue; a.2. pelo período comprovadamente necessário para alistamento ou recadastramento eleitoral, limitado, em qualquer caso, a dois dias; a.3. oito dias consecutivos em razão de casamento; a.4. oito dias consecutivos em razão de falecimento do cônjuge, companheiro, pais, madrasta ou padrasto, filhos, enteados, menor sob guarda ou tutela e irmãos;

448 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marcelo Alexandrino & Vicente Paulo

b) direito a horário especial, concedido (art. 98): b. 1. ao servidor estudante, sem prejuízo do exercício do cargo, exigida a compensação de horário; b.2. ao servidor portador de deficiência, comprovada a necessidade por junta médica oficial, sem exigência de compensação de horário; b.3. ao servidor que tenha cônjuge, filho ou dependente portador de deficiência física, exigida a compensação de horário; b.4. ao servidor que atue como instrutor ou participe de banca examinadora nas hipóteses que ensejam a percepção da gratificação por encargo de curso ou concurso, de que trata o art. 76-A da Lei 8.112/1990, exigida a compensação de horário, a ser efetivada no prazo de até um ano; c) direito, concedido ao servidor estudante que mudar de sede no interesse da administração, de matricular-se em instituição de ensino congênera, em qualquer época, independentemente de vaga, na localidade da nova residência ou na mais próxima, extensivo ao cônjuge ou companheiro, aos filhos, ou enteados do servidor que vivam na sua companhia, bem como aos menores sob sua guarda, com autorização judicial (art. 99).

Quanto à última "concessão", o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência consolidada segundo a qual são congêneres entre si as instituições de ensino superior públicas, de um lado, e são congêneres entre si as instituições de ensino superior privadas, de outro.¹⁴⁰ Assim, se o servidor estudante cursava uma universidade privada na sua localidade originária, somente terá assegurado o direito de matricular-se em uma universidade ou faculdade privada na localidade para onde foi deslocado no interesse da

administração. O mesmo vale para aqueles a quem é estendido tal direito, acima enumerados.

5.12. Regime disciplinar

O regime disciplinar a que estão submetidos os servidores estatutários federais é tratado nos arts. 116 a 142 da Lei 8.112/1990. Esses artigos versam sobre os deveres, as proibições, as penalidades e as responsabilidades dos servidores públicos, decorrentes do exercício de seus cargos, conforme será exposto nos subitens a seguir. Serão apresentadas, também, em tópico próprio, disposições aplicáveis a esses servidores relativas a conflito de interesses, vazadas na Lei 12.813/2013.141 •«> ADI 3.324/DF, rei. Min. Marco Aurélio, 16.12.2004. No mesmo sentido: Al-AgR 858.241/GO. rei. Mln. Ricardo Lewandowski, 10.12.2013. •• Àqueles que necessitarem aprofundar ainda mais esse estudo recomendamos consultar, entre outros: o Decreto 1.171/1994, que aprovou o "Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal"; o Decreto 4.081/2002, que Instituiu o "Código

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS

5.12.1. Deveres e proibições

5.12.1.1. Deveres

449

Os deveres dos servidores públicos federais, sem prejuízo de outros que estejam previstos em outras leis e mesmo em atos regulamentares, encontram-se enumerados no art. 116 da Lei 8.112/1990, abaixo transcrito:

Art. 116. São deveres do servidor: I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo; II - ser leal às instituições a que servir; III - observar as normas legais e regulamentares; IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais; V - atender com presteza: a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo; b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal; c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública. VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração; VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público; VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição; IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa; X - ser assíduo e pontual ao serviço; XI - tratar com urbanidade as pessoas; XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.

Parágrafo único. A representação de que trata o inciso XII será encaminhada pela via hierárquica e apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual é formulada, assegurando-se ao representando ampla defesa.

de Conduta Ética dos Agentes Públicos em Exercício na Presidência e Vice-Presidência da República"; o Decreto 6.029/2007, que instituiu o "Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal"; o site da Controladoria-Geral da União na internet (www.cgu.gov.br); e o site da Comissão de Ética Pública na internet (etlca.planalto.gov.br).

450 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Mamilo Alexandrino & Vitor Pauto

Merece comentário o dever de obediência. Como a administração pública é estruturada hierarquicamente, os servidores têm o dever de cumprir as ordens emanadas de seus superiores. Tal dever é decorrência natural do poder hierárquico. Entretanto, a Lei 8.112/1990 estabelece uma importante ressalva: a hipótese de a ordem ser manifestamente ilegal. No caso de receber uma ordem manifestamente ilegal, ou seja, uma ordem cuja ilegalidade seja flagrante, o servidor tem que se abster de cumpri-la. Mas não é só isso. Ao mesmo tempo, surge para o servidor o dever de representar contra o seu superior que emitiu a ordem manifestamente ilegal. Por outras palavras, não pode o servidor simplesmente deixar de cumprir a ordem manifestamente ilegal e nada mais fazer; ao deixar de cumprir a ordem, o servidor tem, simultaneamente, o dever de representar contra quem a emitiu. O dever de representação deve ser exercido sempre que o servidor se depara com situações de ilegalidade. Conquanto o inciso XII, acima transcrito, fale em "ilegalidade, omissão ou abuso de poder", as duas últimas nada mais são do que variantes específicas de ilegalidade (claro está que a omissão a que se refere a lei deve ser uma omissão ilegal, ou seja, alguém deixar de agir quando a atuação fosse obrigatória). Deve-se observar que o inciso VI do art. 116, reproduzido acima com a redação que lhe deu a Lei 12.527/2011, impõe ao servidor o dever de levar quaisquer irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior, porém, logo em seguida, ressalva a situação em que exatamente essa autoridade superior seja suspeita de envolvimento na irregularidade que lhe seria reportada. Se isso ocorrer, a situação irregular deve ser levada ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração. Pois bem, muito embora a Lei 12.527/2011 não tenha alterado textualmente o parágrafo único do art. 116, entendemos que, implicitamente, foi ele alcançado pela ressalva em questão. Com efeito, o referido dispositivo assevera que a

representação contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder "será encaminhada pela via hierárquica e apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual é formulada". Isso que dizer que o servidor que tenha conhecimento de uma situação de ilegalidade deve apresentar a representação ao seu superior hierárquico imediato, o qual, por sua vez, encaminhará ao seu superior hierárquico imediato, e assim por diante - até que se chegue à autoridade superior àquela contra a qual a representação é formulada, que deverá apreciá-la, assegurando ampla defesa ao acusado. Apesar de não estar prevista exceção alguma no texto do parágrafo único do art. 116, pensamos que, em razão da modificação trazida ao inciso VI desse artigo pela Lei

Cap. 7 •SERVIDORES PÚBLICOS 451 12.527/2011, a representação não deve ser apresentada pelo servidor ao seu superior imediato na hipótese específica de haver suspeita de que justamente este tenha envolvimento na ilegalidade tratada na representação. Se isso ocorrer, a representação deverá ser apresentada a outra autoridade que possa promover a apuração, ainda que fora da via hierárquica. A inobservância dos deveres legais constitui infração funcional e acarreta para o servidor sanções disciplinares. A Lei 8.112/1990, todavia, não relaciona uma penalidade específica para o descumprimento de cada um dos deveres arrolados no art. 116. Genericamente, ela estatui, no seu art. 129, que será aplicada a advertência no caso de "inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave". Pode-se, portanto, afirmar que o descumprimento dos deveres arrolados no art. 116 da Lei 8.112/1990 (e de outros deveres funcionais previstos em leis e atos infralegais) implica, em regra, a imposição da penalidade de advertência. Mas impende frisar que se trata de mera regra geral. De fato, o próprio art. 129, desde logo, faz a ressalva - "que não justifique imposição de penalidade mais grave". Já o art. 130 preceitua que a reincidência das faltas punidas com advertência enseja a aplicação da pena de suspensão. Ademais, deve-se ter em mente o disposto no art. 128 da Lei 8.112/1990, segundo o qual "na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais". Logo, pode acontecer, por exemplo, que, mesmo sendo a primeira infringência de um simples dever funcional pelo servidor, tenham sido grandes os danos decorrentes para o serviço, ou que estejam presentes importantes circunstâncias agravantes, de sorte que, no caso concreto, lhe seja aplicada a sanção de suspensão, em vez de advertência. Obviamente assegurados, em qualquer caso, sem exceção alguma, o contraditório e a ampla defesa.

5.12.1.2. Proibições

As proibições estão enumeradas no art. 117 da Lei 8.112/1990. Diferentemente dos deveres, que possuem um caráter genérico, as proibições são vedações específicas a cuja infringência a lei comina penalidades disciplinares determinadas. As proibições enumeradas no art. 117 da Lei 8.112/1990 estão abaixo sistematizadas conforme a penalidade atribuída ao respectivo descumprimento.

452 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marcelo Alexandrino & Vicente Paulo

1) Proibições cuja infração acarreta a penalidade de advertência (exceto se o servidor for reincidente, hipótese em que a lei comina a penalidade de suspensão - art. 130): a) ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato; b) retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição; c) recusar fé a documentos públicos; d) opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço; e) promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição; f) cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado; g) coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político; h) manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil; i) recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado.

2) Proibições cuja infração acarreta a penalidade de suspensão (além da hipótese de reincidência nas infrações do grupo anterior): a) cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias; b) exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho.

3) Proibições cuja infração acarreta a penalidade de demissão: a) receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições; b) aceitar comissão, emprego ou pensão de Estado estrangeiro; c) praticar usura sob qualquer de suas formas; d) proceder de forma desidiosa; e) utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares; f) participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário.

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 453

Essa última proibição não se aplica nos casos de:

(i) participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros; e (ii) gozo de licença para o trato de interesses particulares, observada a legislação sobre conflito de interesses.

4) Proibições cuja infração acarreta a penalidade de demissão e incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de cinco anos: a) valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública; b) atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro.

5.12.1.3. Conflito de interesses (Lei 12.813/2013)

A Lei 12.813/2013 estabelece normas "sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego". Boa parte das disposições dessa lei tem como destinatários tão somente: (a) agentes políticos e autoridades da assim chamada "alta administração pública federal" (por exemplo, Ministros de Estado, ocupantes de cargos de natureza especial e presidentes, vice-presidentes e diretores, ou equivalentes, de entidades da administração indireta); e (b) servidores "ocupantes de cargos ou empregos cujo exercício proporcione acesso a informação privilegiada" (a lei define "informação privilegiada" como: "a que diz respeito a assuntos sigilosos ou aquela relevante ao processo de decisão no âmbito do Poder Executivo federal que tenha repercussão econômica ou financeira e que não seja de amplo conhecimento público"). Só com isso já estaria abrangida uma grande quantidade de agentes públicos. Ocorre que, em seu art. 10, a Lei 12.813/2013 estatui que alguns de seus preceitos - que sem dúvida estão entre os mais importantes que ela contém - "estendem-se a todos os agentes públicos no âmbito do Poder Executivo federal" (note-se que a norma é extremamente ampla; ela não se restringe aos servidores estatutários). São esses os preceitos que exporemos a seguir.

454 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • MamaloAlsxandrino & V/cento Paulo

O primeiro deles simplesmente detennina que o ocupante de cargo ou emprego no Poder Executivo federal atue de modo a prevenir ou a impedir possível conflito de interesses e a resguardar informação privilegiada (art. 4.º, caput). Conflito de interesses é conceituado, no inciso 1 do art. 3.º, como "a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar,

de maneira imprópria, o desempenho da função pública". Além dessa definição genérica, a Lei 12.813/2013, nos incisos de seu art. 5.0 - também aplicável a todos os agentes públicos do Poder Executivo federal -, enumera diversas situações que configuram conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego, a saber:

I - divulgar ou fazer uso de informação privilegiada, em proveito próprio ou de terceiro, obtida em razão das atividades exercidas; II - exercer atividade que implique a prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe; III - exercer, direta ou indiretamente, atividade que em razão da sua natureza seja incompatível com as atribuições do cargo ou emprego, considerando-se como tal, inclusive, a atividade desenvolvida em áreas ou matérias correlatas; IV - atuar, ainda que informalmente, como procurador, consultor, assessor ou intermediário de interesses privados nos órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; V - praticar ato em benefício de interesse de pessoa jurídica de que participe o agente público, seu cônjuge, companheiro ou parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, e que possa ser por ele beneficiada ou influir em seus atos de gestão; VI - receber presente de quem tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe fora dos limites e condições estabelecidos em regulamento; e VII - prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade seja controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado.

Todas essas condutas implicam conflito de interesses ainda que o agente público esteja em gozo de licença ou em período de afastamento. A ocorrência de conflito de interesses independe da existência de lesão ao patrimônio público, bem como do recebimento de qualquer vantagem ou ganho pelo agente público ou por terceiro (art. 4.º, § 2.º).

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 455

Havendo dúvida sobre como prevenir ou impedir situações que configurem conflito de interesses, deverá ser consultada a Comissão de Ética Pública, no caso das autoridades da alta administração federal, ou, para os demais agentes públicos, a Controladoria-Geral da União (art. 4.0, § 1.0). O último dos preceitos que o art. 10 da Lei 12.813/2013 estendeu a todos no âmbito do Poder Executivo federal encontra-se no inciso 1 do seu art. 6.0, que alcança pessoas que não mais estão no exercício de cargo ou emprego público. Nos termos desse dispositivo, configura conflito de interesses após o exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal: divulgar ou fazer uso, a qualquer tempo, de

informação privilegiada obtida em razão das atividades exercidas. A norma se aplica, por exemplo, a alguém que tenha passado à condição de ex-servidor porque foi exonerado, de ofício ou a pedido, ou à situação de inativo em razão de aposentadoria. O agente público que praticar os atos que configuram conflito de interesses aqui descritos será enquadrado na Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa). O ato por ele praticado será considerado "ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública", nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992 - isso se não caracterizar qualquer das condutas (mais graves) descritas nos arts. 9.º ou 10 (os quais enumeram, respectivamente, os atos de improbidade administrativa que acarretam enriquecimento ilícito e os atos de improbidade administrativa que causam lesão ao erário). Sem prejuízo desse enquadramento e da imposição de outras sanções cabíveis, fica o agente público que se encontrar em situação de conflito de interesses sujeito à penalidade disciplinar de demissão, prevista no inciso III do art. 127 e no art. 132 da Lei 8.112/1990, ou medida equivalente. Aliás, a Lei 12.813/2013 faz questão de explicitar - em evidente excesso de precaução - que as suas disposições não afastam a aplicação da Lei 8.112/1990.

5.72.2. Penalidades As penalidades disciplinares aplicáveis no âmbito federal aos servidores públicos estão enumeradas no art. 127 da Lei 8.112/1990. São elas:

a) advertência; b) suspensão; c) demissão; d) cassação de aposentadoria ou disponibilidade; e) destituição de cargo em comissão; f) destituição de função comissionada.

456 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Man: e/o Alel<andrino & Vicente Paulo

Previamente à aplicação de qualquer penalidade devem ser sempre, sem exceção, assegurados ao servidor o contraditório e a ampla defesa (CF, art. 5.º, LV). A doutrina administrativista, tradicionalmente, aponta como característica do poder disciplinar a discricionariedade. E o art. 128 da Lei 8.112/1990 determina que, na aplicação das penalidades nessa lei previstas (sem ressaltar qualquer delas), a autoridade competente leve em consideração: (a) a natureza e a gravidade da infração cometida; (b) os danos que decorreram da infração para o serviço público; (c) as circunstâncias agravantes ou atenuantes; e (d) os antecedentes funcionais do infrator. É relevante enfatizar que, embora a Lei 8.112/1990 atribua alguma discricionariedade à gradação da sanção disciplinar a ser aplicada - conforme o juízo administrativo de valoração que seja feito, no caso concreto, acerca da gravidade da infração, da magnitude dos danos dela oriundos, dos antecedentes

do agente infrator etc. -, nenhuma liberdade existe quanto ao dever de punir o servidor, quando provado que ele incorreu em falta funcional. Por outras palavras, se a administração constata que um servidor público federal praticou uma infração disciplinar, ela é obrigada a lhe aplicar alguma das sanções previstas no art. 127 da Lei 8.112/1990, observados os critérios nessa lei estabelecidos; não há discricionariedade quanto a punir ou deixar de punir quem, comprovadamente, tenha praticado uma infração administrativa. Estatui o art. 129 da Lei 8.112/1990 que a penalidade de advertência é aplicada por escrito na hipótese de violação das proibições enumeradas no primeiro grupo da sistematização que fizemos no tópico precedente e no caso de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamento ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave. A penalidade de advertência terá seu registro nos assentamentos funcionais do servidor cancelado após o decurso de três anos de efetivo exercício, se o servidor não houver, nesse período, praticado nova infração disciplinar. A suspensão é aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão. O prazo máximo de suspensão é de 90 dias (art. 130). O servidor, evidentemente, não recebe remuneração durante o período de suspensão, e o tempo de suspensão não é computado como tempo de serviço para qualquer efeito. A Lei 8.112/I 990 estabelece, ainda, uma hipótese específica de aplicação de suspensão por até 15 dias para o servidor que, injustificadamente, recusar-se a ser submetido a inspeção médica determinada pela autoridade competente, cessando os efeitos da penalidade uma vez cumprida a determinação (art. 130, § 1.º).

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 457

Existe a possibilidade - e aqui se trata de decisão francamente discricionária - de a administração, quando houver conveniência para o serviço, converter a penalidade de suspensão em multa (art. 130, § 2.º). Essa multa será de 50% por dia de vencimento ou remuneração, ou seja, o servidor receberá somente metade de sua remuneração diária durante os dias em que deveria estar suspenso, ficando obrigado a permanecer em serviço. Deve-se tomar cuidado para não se afirmar que a multa seja uma penalidade disciplinar autônoma. Não existe aplicação direta de multa por infração disciplinar cometida por servidor. A penalidade aplicada é de suspensão, por até 90 dias. Após a aplicação da suspensão é que poderá a suspensão ser convertida em multa, nos termos acima explicados, mas a multa, repita-se, não é uma penalidade disciplinar autônoma ou independente (pois resulta sempre da conversão da penalidade de suspensão, esta sim

autônoma). A penalidade de suspensão terá seu registro nos assentamentos funcionais do servidor cancelado após o decurso de cinco anos de efetivo exercício, se o servidor não houver, nesse período, praticado nova infração disciplinar. O cancelamento dos registros das penalidades de advertência ou de suspensão não tem efeitos retroativos (art. 131, parágrafo único). A ausência de efeitos retroativos impede, por exemplo, que o servidor, depois do cancelamento, pretenda receber a remuneração que deixou de receber porque estava suspenso. Ou, por exemplo, que ele pleiteie uma promoção por merecimento retroativa, porque, na época, não obteve essa promoção em razão de sua advertência. Quanto à demissão, está no art. 132 da Lei 8.112/1990 a lista de infrações que ensejam a imposição dessa penalidade. Como esse dispositivo legal estatui que a demissão será aplicada nos casos nele enumerados, é muito comum - principalmente no seio da própria administração pública, ou em questões de concursos públicos - nos depararmos com a afirmação de que o ato de demissão é vinculado, vale dizer, muito frequentemente se considera que, uma vez caracterizada alguma das infrações descritas no art. 132 da Lei 8.112/1990, a aplicação da demissão é obrigatória, sem qualquer possibilidade de atenuação por parte da autoridade julgadora. Esse entendimento pode ser encontrado nos Pareceres GQ-177/1998 e GQ-183/1998 da Advocacia-Geral da União (AGU), ambos aprovados por despacho do Presidente da República, o que os torna vinculantes para todos os órgãos e entidades do Poder Executivo federal. É fácil constatar que a observância dessa orientação implica tornar completamente inútil o art. 128 da Lei 8.112/1990 toda vez que, no caso concreto, restar tipificada uma das infrações arroladas no art. 132 da mesma lei. Vale lembrar que o referido art. 128 determina que "na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração come

458 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marcelo Alaxandrino & Vicente Paulo

tida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais". Pois bem, duas ressalvas devem ainda ser apontadas. A primeira é que, indiscutivelmente, alguns dos incisos do art. 132 contêm conceitos jurídicos indeterminados na descrição da respectiva infração, o que possibilita, dependendo do caso concreto, a existência de algum grau de discricionariedade, hipótese em que terá aplicação, embora um tanto limitada, o disposto no art. 128 da Lei 8.112/1990. A segunda ressalva - extremamente importante - é que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) consolidou-se pela ilegalidade dos Pareceres GQ-177/1998 e GQ-183/1998. Entende essa Corte Superior que o art. 128 da Lei 8.112/1990

"reflete, no plano legal, os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da razoabilidade". Dessa forma, o STJ considera ilegal a orientação administrativa que pretenda afastar por completo a aplicação do art. 128 da Lei 8.112/1990 nos casos em que fique caracterizada a ocorrência de infração disciplinar descrita no seu art. 132, como fizeram os citados pareceres da AGU, "porque, para efeito de cumprimento de tal orientação, pouco importará o ilícito, o dano ao erário, a culpabilidade do servidor público, seus antecedentes funcionais, os agravantes e as atenuantes, tendo em vista que a demissão se apresentará obrigatória". Merece transcrição o trecho abaixo, extraído da ementa de um dos julgados em que o STJ firmou a posição ora em apreço:142

São ilegais os Pareceres GQ-177 e GQ-183, da Advocacia-Geral da União, segundo os quais, caracterizada uma das infrações disciplinares previstas no art. 132 da Lei 8.112/90, se torna compulsória a aplicação da pena de demissão, porquanto contrariam o disposto no art. 128 da Lei 8.112/90, que reflete, no plano legal, os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Mister é observar que, não obstante seja essa, deveras, a jurisprudência sedimentada do STJ, as suas decisões não têm o efeito de retirar do mundo jurídico os Pareceres GQ-177/1998 e GQ-183/1998 da AGU, os quais, por essa razão, ainda estão em vigor e, como dito acima, são vinculantes para todo o Poder Executivo federal. 142 MS 13.523/DF. rei. Min. Arnaldo Esteves Lima, 13.05.2009, no qual é citada, em respaldo do entendimento ali perfilhado, abundante jurisprudência do STJ. Seguem a mesma orientação, ainda, entre outros: MS 13.341/DF. rei. Min. Haroldo Rodrigues, 22.06.2011; MS 10.950/DF. Rei. Mln. Og Fernandes, 23.05.2012.

C.p. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 45§

Expostos esses pontos, cumpre transcrever o art. 132 da Lei 8.112/1990: Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: I - crime contra a administração pública; II - abandono de cargo; III - inassiduidade habitual; IV - improbidade administrativa; V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição; VI - insubordinação grave em serviço; VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem; VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos; IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo; X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional; XI - corrupção; XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

É interessante comentar que a Lei 8.112/1990 estabelece como causa de demissão a prática de "improbidade administrativa", sem que o legislador tenha se preocupado em

estabelecer qualquer definição ou exemplificação de condutas, comissivas e omissivas, que devam ser assim consideradas. E a Lei 8.112/1990 é anterior à Lei 8.429/1992 - lei de caráter nacional que, regulamentando o § 4.º do art. 37 da Constituição, tipifica e sanciona os "atos de improbidade administrativa". Confrontando a jurisprudência do STF e do STJ, a penalidade disciplinar de demissão por improbidade administrativa, fundada no inciso IV do art. 132 da Lei 8.112/1990, pode ser aplicada pela administração pública, como resultado de um processo administrativo disciplinar (PAD) em que tenha sido assegurada a ampla defesa ao servidor, independentemente da eventual existência de uma ação civil de improbidade administrativa ajuizada com base na Lei 8.429/1992, ainda que motivada pelos mesmos fatos apurados no PAD.¹³ Aliás, a Lei 8.429/1992 é explícita quanto ao fato de que as sanções

143 Do STJ: MS 12.262/DF, rei. Min. Arnaldo Esteves Lima, 27.06.2007; MS 15.054/DF, rei. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 25.05.2011; MS 14.140/DF, rei. Min. Laurtta Vaz. 26.09.2012. Do STF: RMS 24.194/DF, rei. Min. Luiz Fux, 13.09.2011; RE-AgR 736.351/SC, rei. Min. Roberto Barroso, 12.11.2013.

460 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO · Marcelo Alexsandrino & Vicente Psulo

nela cominadas são aplicadas independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica (art. 12). Frise-se que a administração pública não aplica nenhuma das sanções previstas na Lei 8.429/1992. A imposição de tais sanções - entre as quais se inclui a perda da função pública - é competência exclusiva do Poder Judiciário. Mas a administração pública, para caracterizar, no âmbito de um PAD, a ocorrência de infração administrativa que configure improbidade administrativa, pode valer-se das enumerações exemplificativas de atos de improbidade administrativa vazadas nos arts. 9.º, 10 e 11 da Lei 8.429/1992. Pode, também, afirmar a ocorrência de improbidade administrativa, no âmbito de um PAD, sem fazer qualquer referência às listas de atos de improbidade constantes da Lei 8.429/1992. E, em qualquer caso, se a administração federal impuser a um servidor a penalidade de demissão por improbidade administrativa - o que só poderá ocorrer como resultado de um PAD -, estará aplicando a Lei 8.112/1990, jamais a Lei 8.429/1992. Configuradas as hipóteses dos incisos IV, VIII, X e XI, a demissão (bem como a destituição de cargo em comissão) implicará a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível (art. 136). Nos casos dos incisos I, IV, VIII, X e XI, a demissão (bem como a destituição de cargo em comissão) impede que o ex-servidor retorne ao serviço público federal (art.

137, parágrafo único). O abandono de cargo (inciso II) é configurado com a ausência intencional do servidor ao serviço por mais de trinta dias consecutivos (art. 138). Caracteriza inassiduidade habitual (inciso III) a falta ao serviço, sem causa justificada, por sessenta dias, interpoladamente, durante o período de doze meses (art. 139). As proibições cuja violação acarreta demissão, correspondentes aos incisos IX ao XVI do art. 117, foram enumeradas nos terceiro e quarto grupos da sistematização que fizemos anteriormente, no tópico relativo às proibições. A cassação de aposentadoria e a cassação de disponibilidade são penalidades disciplinares que devem ser aplicadas ao inativo que tenha praticado, quando estava na atividade, uma infração punível com a demissão (art. 134). Cabe registrar que o Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, confirmou a constitucionalidade da sanção disciplinar de cassação de aposentadoria, a despeito da inexistência de previsão da referida penalidade no Texto Magno, e não obstante o caráter contributivo que esse benefício previdenciário dos servidores públicos atualmente reveste, refutando, ainda, a alegação de ofensa ao ato jurídico perfeito.¹⁴⁴ 144 MS 23.299/SP, rei. Mln. Sepúlveda Pertence, 06.03.2002, Pleno, unânime; MS-AgR 23.219/RS, rei. Min. Eros Grau, 30.06.2005, Pleno, unânime.

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 461

A destituição de cargo em comissão é sanção disciplinar que deve ser aplicada, quando se tratar de servidor que não seja titular de cargo efetivo, nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão (art. 135). A Lei 8.112/1990 nada dispõe acerca da destituição de cargo em comissão do servidor que seja, também, titular de cargo efetivo, tampouco acerca da penalidade de "destituição de função comissionada" (art. 127, VI).

5.12.3. Prescrição

A prescrição da ação disciplinar ocorre, a partir da data em que o fato se tornou conhecido, em (art. 142): a) 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão; b) 2 (dois) anos, quanto à suspensão; c) 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.

Se a infração disciplinar for, também, tipificada pela lei penal como crime ou contravenção, o prazo prescricional será o da lei penal, não se aplicando os da Lei 8.112/1990 (art. 142, § 2.0). Com a prescrição da ação disciplinar a administração não mais poderá aplicar ao servidor a correspondente penalidade. É importante lembrar que, mesmo prescrita a ação disciplinar, a ação civil de ressarcimento ao erário é imprescritível, por força do § 5.0 do art. 37 da Constituição.¹⁴⁵ O § 3.0 do art. 142 da Lei

8.112/1990 estatui que "a abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente". Com a interrupção do prazo prescricional desconsidera-se todo o período já transcorrido até a data da interrupção, isto é, quando cessar a causa de interrupção - se isso acontecer -, haverá uma nova contagem daquele prazo prescricional por inteiro, reiniciada a partir do zero. O § 4.º do art. 142 da Lei 8.112/1990, com uma redação aparentemente inócua, afirma que, "interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção".

"A rigor, é de mister pontuar que, embora existam algumas decisões do STF afirmando que, por força do § 5.º do art. 37 da Constituição de 1988, as ações de ressarcimento ao erário são imprescritíveis, o alcance dessa imprescritibilidade não é pacífico no âmbito da Corte Suprema. Vale dizer, não está consolidado o entendimento de que seja imprescritível toda e qualquer ação de ressarcimento ao erário, não importa a natureza do ato que tenha originado o correspondente prejuízo. A questão deverá ser definida quando for julgado o RE 669.069/MG, rei. Min. Teori Zavascki, cuja repercussão geral foi reconhecida em 02.08.2013 - sem decisão de mérito até o fechamento desta edição.

462 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marcelo Alexandrino & Vicente Paulo

A partir da interpretação conjunta desses dois dispositivos (§§ 3.º e 4.º do art. 142), o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a prescrição interrompida pela instauração de processo administrativo disciplinar (PAD) recomeça a fluir, por inteiro, imediatamente depois do término do prazo que a lei estabelece para que seja proferida a decisão no processo - caso ela não o seja dentro desse prazo, evidentemente. Assim, esgotado o prazo legal para que seja exarada a decisão no processo disciplinar, e não sendo essa decisão proferida, é reiniciada, na íntegra, a contagem do prazo de prescrição da punição. São exemplos de julgados em que o STF adotou essa orientação o MS 23.299/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, de 06.03.2002, e o RMS 23.436/DF, rei. Min. Marco Aurélio, de 24.08.1999. Deste último, transcrevemos a ementa:

A interrupção prevista no § 3.º do artigo 142 da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, cessa uma vez ultrapassado o período de 140 dias alusivo à conclusão do processo disciplinar e à imposição de pena - artigos 152 e 167 da referida Lei voltando a ter curso, na integralidade, o prazo prescricional.

Abrimos um parêntese para observar que, na visão de nossa Corte Suprema, o prazo de sessenta dias, prorrogáveis por mais sessenta, estabelecido na Lei 8.112/1990 para a

"conclusão do processo disciplinar" (art. 152) não inclui o prazo de vinte dias estipulado para a autoridade julgadora proferir a sua decisão (art. 167), ou seja, o STF considera que a fase de julgamento acontece depois da "conclusão do processo disciplinar". Por essa razão, o Tribunal Maior afirma que o prazo de prescrição interrompido pela instauração do processo disciplinar tem a sua contagem reiniciada ao término do "prazo legal de 140 dias" (MS 23.299), que corresponderia ao prazo previsto para a decisão final no PAD federal. A nosso ver, esse entendimento destoa do texto da Lei 8.112/1990, especialmente dos seus arts. 151 e 152. Contudo, vale repetir, ♦ esta a orientação existente no âmbito do nosso Pretório Excelso: instaurado o PAD federal, interrompe-se a prescrição, que recomeça a fluir por inteiro ao término do prazo de 140 dias, contados da referida instauração, caso, evidentemente, não tenha sido proferida a decisão final dentro desse prazo. Por fim, demanda um comentário o art. 170 da Lei 8.112/1990, dispositivo que, literalmente, preceitua: "Extinta a punibilidade pela prescrição, a autoridade julgadora determinará o registro do fato nos assentamentos individuais do servidor". De pronto se constata que a redação é ambígua: será registrada nos assentamentos individuais do servidor tão somente a ocorrência de prescrição

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS

concernente a determinado processo relativo a fatos que não serão descritos? Ou serão descritos nos assentamentos individuais do servidor fatos apurados que configuram infração administrativa que a ele foi imputada e que só não chegou a acarretar aplicação de penalidade porque a prescrição impediu? O Supremo Tribunal Federal, fazendo uma interpretação sistemática da Lei 8.112/1990 - e mesmo uma interpretação histórica do dispositivo legal em questão -, concluiu que o art. 170 da Lei 8.112/1990 determina que sejam registrados nos assentamentos individuais do servidor os fatos que foram apurados e constituem a infração (ou as infrações) administrativa a ele imputada, como se o servidor efetivamente a houvesse cometido - e tivesse escapado da punição apenas por causa da prescrição. A partir da premissa de que esse é, deveras, o comando contido na norma, o Plenário da Corte Suprema (incidentalmente) declarou inconstitucional o art. 170 da Lei 8.112/1990, sob o fundamento principal de afronta ao princípio da presunção da inocência (CF, art. 5.º, LVII).146

5.12.4. Responsabilidades

As infrações cometidas pelo servidor público acarretam, para ele, conforme o caso, responsabilização nas esferas administrativa (penalidades disciplinares), civil (indenização por danos patrimoniais ou morais) e criminal (sanções penais). A

responsabilidade civil dos agentes públicos é do tipo subjetiva, por culpa comum, isto é, eles só respondem pelos danos que causarem, por ação ou por omissão, se o Estado provar que houve culpa ou dolo (intenção) do servidor. A ação do Estado contra o agente público é denominada ação regressiva. A ação dita regressiva é sempre uma segunda ação. A primeira ação é movida contra o Estado pela pessoa que sofreu o dano. Só depois que for condenado, com trânsito em julgado, nessa primeira ação, a indenizar a pessoa que sofreu o dano é que o Estado, visando a obter o ressarcimento do valor que foi condenado a indenizar, passa a ter ação (regressiva) contra o agente que ocasionou o dano. Na ação regressiva, o Estado terá que provar que houve culpa ou dolo do agente e, só se conseguir provar, será reconhecida a responsabilidade civil do agente perante o Estado. A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores do servidor público e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida (art. 122, § 3.0). ue MS 23.262/DF, rei. Min. Dias Toffoli, 23.04.2014.

464 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marcelo Alexandrino & Vicente Paulo

A responsabilidade penal de qualquer pessoa decorre da prática de atos (ou decorre de omissões) definidos em lei como crimes ou contravenções. Há determinados crimes que a lei penal estabelece como próprios de servidores públicos. A responsabilidade penal é tratada genericamente na Lei 8.112/1990 no art. 123, nestes termos:

Art. 123. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade.

O art. 125 da Lei 8.112/1990 estabelece a regra geral segundo a qual as responsabilidades administrativa, civil e penal são cumulativas e, em princípio, são independentes. Atente-se para o fato de que isso é a regra geral. Deveras, quando a órbita penal está envolvida, é possível ocorrer exceção à regra de independência das esferas de responsabilidade, dependendo do conteúdo da sentença penal. Assim, na hipótese de um mesmo fato estar tipificado em uma lei penal como crime (ou contravenção), enquadrar-se em uma lei administrativa como infração disciplinar e, além disso, causar dano patrimonial ou moral a terceiro (responsabilidade civil), a condenação criminal do servidor por esse fato, uma vez transitada em julgado, interfere nas órbitas administrativa e cível, implicando o reconhecimento automático da responsabilidade do servidor, por esse fato, nessas duas esferas. A absolvição penal pela negativa de autoria ou pela inexistência do fato também interfere nas esferas administrativa e civil (art. 126). Isso porque, se a jurisdição criminal, em que a apreciação das provas é muito mais ampla, categoricamente afirma que não foi

o agente autor do fato a ele imputado, ou que nem sequer aconteceu aquele fato, não há como sustentar o contrário nas outras esferas. Na hipótese de absolvição criminal pela negativa de autoria ou inexistência do fato, mesmo que o servidor já tenha sido condenado nas outras esferas pelo mesmo fato - os processos de apuração das responsabilidades podem correr separada e independentemente em cada esfera -, a condenação será desfeita. Se o servidor tiver sido demitido em razão do processo administrativo que lhe imputou a autoria daquele fato, deverá ser reintegrado por força da sentença penal transitada em julgado que o absolve pela negativa de autoria ou pela inexistência do fato. Já a absolvição criminal por mera insuficiência de provas, ou por ausência de tipicidade ou de culpabilidade penal, ou por qualquer outro motivo, não interfere nas demais esferas.

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 465

A doutrina e a jurisprudência utilizam a expressão "falta residual" para aludir ao fato que não chega a acarretar condenação na órbita penal, mas configura ilícito administrativo ou cível, ensejando a responsabilização do agente nessas esferas. 1  pertinente ao terna a Súmula 18 do STF, abaixo transcrita: 18 - Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público. Sem prejuízo dos pontos que acabamos de expor, convém esclarecer que, em decorrência da independência entre as esferas de responsabilização, a administração pública não depende da instauração de qualquer ação judicial para estar apta, ela própria, a instaurar o processo administrativo disciplinar (PAD) destinado a apurar os fatos imputados a determinado servidor seu. Além disso, o mero ajuizamento de ação cível ou penal, por si só, não influencia o andamento do PAD. Conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não deve ser paralisado o curso de processo administrativo disciplinar apenas em função de ajuizamento de ação penal destinada a apurar criminalmente os mesmos fatos investigados administrativamente.¹⁴⁷ Por fim, cumpre anotar que a Lei 12.527/2011 acrescentou ao capítulo da Lei 8.112/1990 acerca das responsabilidades dos servidores por ela regidos o art. 126-A, com a seguinte redação:

Art. 126-A. Nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por dar ciência à autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública.

A mesma Lei 12.527/2011 alterou a redação do inciso VI do art. 116 da Lei 8.112/1990, que passou a definir como dever dos servidores a ela sujeitos o de "levar as irregularidades

de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita

" MS 18.090/DF, rei. Min. Humberto Martins, 08.05.2013 (vide Informativo 523 do STJ).

466 DIREITO ADMINISTRATIVO OESCOMPLICAÇÃO • Marcelo Alexandrino & Vicente Paulo

de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração". Dessa forma, fácil é perceber que o acima transcrito art. 126-A, no que respeita à responsabilização na seara administrativa, parece inteiramente inócuo. Diferentemente, em relação às outras esferas - cível e penal -, é bastante provável que ele venha a ter utilidade assaz efetiva. Afinal, quase sempre que uma autoridade de hierarquia elevada é denunciada pela prática de atos ou omissões ilícitos, a primeira coisa que ela costuma fazer, por mais óbvia que seja a sua culpa, é alardear na imprensa que ajuizará (ou que já ajuizou) ações várias contra o denunciante, pedindo a condenação dele por crimes de calúnia e difamação, por danos morais e materiais - e por quantas mais imputações diversionistas a desfaçatez daquela autoridade comportar.

5.13. Sindicância e processo administrativo disciplinar (PAD)

5.13.7. Introdução

No âmbito da administração pública federal, os instrumentos de apuração da responsabilidade dos servidores públicos por infrações praticadas no exercício de suas atribuições, ou que tenham relação com as atribuições do seu cargo, são a sindicância e o processo administrativo disciplinar (PAD), regulados nos arts. 143 a 182 da Lei 8.112/1990. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar (art. 143). As denúncias sobre irregularidades - desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada a autenticidade - serão objeto de apuração (art. 144). Entretanto, se o fato descrito na denúncia não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a denúncia será arquivada, por falta de objeto (art. 144, parágrafo único). O PAD é o meio legal utilizado pela administração para a aplicação de penalidades por infrações graves cometidas por seus servidores. A instauração de PAD será sempre necessária para a aplicação das penalidades de suspensão por mais de trinta dias, de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou destituição de cargo em comissão (art. 146). Para as demais penalidades - ou seja, para aplicação da advertência e da suspensão por até 30 dias

-basta a sindicância. Não é demais lembrar que em qualquer caso de aplicação de penalidade devem ser assegurados, sem exceção alguma, o contraditório e a ampla defesa prévios (CF, art. 5.º, LV).

cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 467

5.13.2. Sindicância

A sindicância é um meio mais célere de apurar irregularidades praticadas pelos servidores. Da conclusão de uma sindicância pode resultar uma das seguintes hipóteses (art. 145):

a) arquivamento do processo; b) aplicação das penalidades de advertência ou de suspensão por até trinta dias; ou c) instauração de PAD, se for verificado tratar-se de caso que enseje aplicação de penalidade mais grave.

Na hipótese de a sindicância concluir pela necessidade de instauração de PAD, os autos da sindicância integrarão o processo disciplinar, como peça informativa da instrução (art. 154). O prazo para conclusão da sindicância não excederá trinta dias, podendo ser prorrogado por igual período, a critério da autoridade superior (art. 145, parágrafo único). Em alguns casos, a sindicância, pelo menos até determinado momento, constitui um procedimento meramente investigatório, sem a formalização de acusação a qualquer servidor. Nessa situação, não se cogita observância de contraditório e ampla defesa. Por outras palavras, enquanto a sindicância tem caráter meramente investigativo (inquisitório), sem que exista acusação formal a um servidor, ou alguma imputação que possa ser contraditada, não cabe exigir contraditório e ampla defesa no procedimento. Diferentemente, sempre que a administração pretender aplicar ao servidor uma penalidade disciplinar com base apenas em procedimento de sindicância - situação que pode ocorrer quando a penalidade a ser aplicada for a advertência ou a suspensão por até trinta dias -, deverá, obrigatoriamente, assegurar ao servidor o contraditório e a ampla defesa prévios. Nessa hipótese, a sindicância não possui caráter meramente inquisitório, isto é, deixa de possuir natureza de simples procedimento de investigação e passa a configurar um verdadeiro (embora simplificado) processo administrativo sancionatório, sujeito, portanto, à impreterível observância de contraditório e ampla defesa. Convém anotar, por último, que a sindicância não é etapa do PAD, nem deve, necessariamente, precedê-lo, vale dizer, pode-se iniciar a apuração de determinada infração - qualquer uma - diretamente pela instauração de um PAD. Vale repetir, entretanto, que, se for aberta uma sindicância e os fatos nela apurados ensejarem aplicação de penalidade mais grave do que

suspensão de até trinta dias, os autos da sindicância integrarão o processo disciplinar, como peça informativa da instrução. Nesses casos, embora não integre o PAD como uma etapa do respectivo procedimento, a sindicância previamente a ele realizada terá configurado uma medida preparatória (mas não necessária) à instauração do processo disciplinar.

5.13.3. Processo administrativo disciplinar

5.13.3.1. Instauração

Dá-se a instauração do processo administrativo disciplinar (PAD) pela publicação da portaria de designação da comissão encarregada de proceder aos trabalhos de investigação e apresentar um relatório final conclusivo sobre a procedência ou não das acusações levantadas, o qual será acatado pela autoridade julgadora, salvo se contrário às provas dos autos. A comissão investigadora será composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente. Esta indicará, dentre os três, o presidente da comissão, o qual deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do acusado (art. 149). Consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), nada impede que, para a composição da comissão, sejam designados servidores lotados em unidades da Federação diversas daquela em que atua o servidor investigado, uma vez que a Lei 8.112/1990 não faz restrição quanto à lotação dos membros da comissão. 148 O servidor que estiver respondendo a um PAD só poderá ser exonerado a pedido ou aposentado voluntariamente após a conclusão do processo e, se for aplicada penalidade (que não seja de demissão, obviamente), depois do cumprimento desta (art. 172). O prazo para a conclusão do PAD não excederá sessenta dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por igual prazo, a critério da autoridade instauradora, quando as circunstâncias o exigirem (art. 152). Conforme anteriormente mencionado; o Supremo Tribunal Federal entende que esse prazo de sessenta dias, prorrogáveis por mais sessenta, "para a conclusão do processo disciplinar" não inclui o prazo de vinte dias estipulado para a autoridade julgadora proferir a sua decisão (art. 167), ou seja, o STF considera que a fase de julgamento acontece depois da "conclusão do processo disciplinar". Como resultado dessa orientação, nossa Corte Suprema entende "" MS 14.827/DF, rei. Min. Marco Aurélio Bellizze, 24.10.2012 (Informalivo 507 do STJ).

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 469

que o prazo total legalmente estabelecido para que seja proferida a decisão final no PAD federal é de 140 dias, contados da respectiva instauração.¹⁴⁹ A nosso ver, esse entendimento discrepa do texto da Lei 8.112/1990, especialmente do seu art. 151 - segundo o qual o processo disciplinar se desenvolve nas fases de instauração, inquérito administrativo e julgamento - e do seu art. 152 - que afirma ser de sessenta dias, prorrogáveis por mais sessenta, o prazo "para a conclusão do processo disciplinar". Contudo, é a orientação existente no âmbito do nosso Pretório Excelso.

5.13.3.1.1. Afastamento temporário

A faculdade de afastar temporariamente o servidor investigado está prevista no art. 147 da Lei 8.112/1990 e é conferida à administração a fim de que se evite que o servidor interfira no andamento do processo, prejudicando esse andamento. O afastamento, se for decretado, o será pela autoridade instauradora do processo e será determinado juntamente com a instauração. Devemos notar que não se trata de penalidade e sim de medida de precaução (medida cautelar) da administração, para garantir a lisura do processo. O servidor, nessa fase, ainda é apenas um acusado e, como não pode estar sujeito ainda a penalidade, o afastamento é feito sem prejuízo da remuneração do servidor. Se, após as investigações iniciais, verificar-se que o processo deve ser arquivado - não deve ser levado adiante -, o servidor retomará a suas regulares funções como se nada tivesse ocorrido. O período máximo de afastamento é peremptório: o servidor pode ser afastado pelo prazo de: até sessenta dias, prorrogável por igual período, findo o qual cessarão os seus efeitos, ainda que não concluído o processo (art. 147, parágrafo único).

5.13.3.2. Inquérito administrativo A fase de inquérito compõe-se de três subfases: instrução, defesa e relatório.

5.13.3.2.1. Instrução

A instrução é a principal fase investigatória do PAD. É durante a instrução que a comissão procurará levantar o maior número possível de fatos, evidências, depoimentos, enfim, todos os elementos capazes de confirmar ou refutar as acusações que pesam sobre o servidor. "9 MS 22.728/PR, rei. Min. Moreira Alves, 22.01.1998; RMS 23.436/DF, rei. Min. Marco Aurélio, 24.08.1999; MS 23.299/SP, rei. Min. Sepúlveda Pertence, 06.03.2002.

470 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marcelo Alexandrino & Vicente Pauto

Caso tenha havido uma sindicância prévia à instauração do PAD, os autos dela o integrarão como peça informativa. Significa isso que a conclusão a que tenha chegado a sindicância não vincula a comissão, podendo esta, fundamentadamente, chegar a conclusão diferente. Apesar disso, caso o relatório da sindicância haja concluído que a infração está capitulada como ilícito penal, cópia de seus autos deverá ser encaminhada ao Ministério Público, para que este instaure processo criminal contra o servidor, independentemente da imediata instauração do processo disciplinar. Durante a instrução, a comissão realizará diligências, tomará depoimentos, fará acareações e investigações em geral, visando à coleta de provas. Se necessário, serão solicitados laudos a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos (art. 155). O pedido de perícia, entretanto, somente será deferido, pelo presidente da comissão, se o fato a ser provado depender de conhecimento técnico especializado (art. 156, § 2.0). É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador (art. 156, caput). Não é obrigatório o acompanhamento do processo por advogado; trata-se de mera faculdade do servidor. O Supremo Tribunal Federal explicitou esse entendimento por meio da Súmula Vinculante 5, abaixo transcrita: 5 - A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

Durante a coleta de provas, e como parte dela, a comissão poderá ouvir testemunhas arroladas pelo acusado, por ela própria ou por terceiros (princípio da verdade material). As testemunhas não podem levar seu depoimento por escrito. Este deverá ser - prestado oralmente e reduzido a termo (passado a escrito). As testemunhas serão ouvidas separadamente e, havendo contradição entre os depoimentos, será feita acareação - ou seja, as testemunhas cujos depoimentos conflitaram serão novamente ouvidas, postas frente a frente, cara a cara (daí "acareação"), para que se procure identificar qual delas diz a verdade. Após a coleta de provas e a inquirição das testemunhas, será ouvido o acusado (até aqui, o servidor ainda é apenas acusado). As mesmas regras pertinentes às testemunhas valem para o depoimento do acusado, inclusive quanto à inquirição separada e à acareação em caso de contradição, se houver mais de um acusado. Concluídos todos esses procedimentos, a comissão, de posse de uma série de elementos de prova, decidirá, com base nesses elementos, se o servidor deverá ou não ser indiciado. Se a comissão entender que não há provas, ou que os fatos não caracterizam infração, o processo será arquivado. Se, diferentemente, a comissão entender que há tipificação de infração

disciplinar, formulará a indicição do servidor (este, agora, passa de mero acusado a indiciado).

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 47t

Da indicição constarão os fatos imputados ao indiciado e as provas produzidas. A partir da indicição, deverá ser providenciada a citação do indiciado, que é o chamamento formal do servidor ao processo para que ele, em vista de todos os elementos constantes do processo, apresente sua defesa escrita. Aqui cabe uma observação interessante. Vemos que no PAD ocorre uma inversão da ordem dos procedimentos se o compararmos ao processo judicial civil ordinário. Neste, logo após o ajuizamento da inicial pelo autor, o réu é citado para apresentar sua defesa escrita (contestação) e indicar as provas que possui e as que pretende produzir. Só então, no processo judicial, tem início a instrução. No PAD, como acabamos de ver, a instrução precede a citação e a defesa escrita (que, aqui, não recebe o nome de contestação). O indiciado será citado por mandado expedido pelo presidente da comissão para apresentar defesa escrita, sendo assegurada a ele vista do processo na repartição. Se houver só um indiciado, o prazo para apresentação da defesa é de dez dias, contados da data de aposição da ciência na cópia da citação a ele entregue, ou, caso ele se recuse a assinar, contados da data declarada, em termo próprio, pelo membro da comissão que fez a citação, com a assinatura de duas testemunhas. Se houver mais de um indiciado (não importa quantos), o prazo será comum para todos, de vinte dias, contado da data de ciência do último citado. O prazo para apresentação da defesa pode ser prorrogado pelo dobro, pelo presidente da comissão, caso sejam indispensáveis diligências para a preparação da defesa. Caso o indiciado se encontre em local desconhecido, a citação será feita por edital publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação na localidade do último domicílio conhecido do servidor. Nessa hipótese, o prazo para a defesa será de quinze dias, contados da data da última publicação do edital. A citação encerra a fase de instrução. A próxima é a fase de defesa.

5.13.3.2.2. Defesa

Já foi observado que, em comparação com o processo judicial civil ordinário, no PAD ocorre uma inversão na ordem dos procedimentos, tendo lugar a defesa depois da instrução. Outra diferença muito importante - decorrente do princípio da verdade material - é que, no processo civil, caso o réu, tendo sido citado, não apre

472 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marr:eloAlexandrino & Vicente Paulo

sente contestação no prazo legal, será declarada a sua revelia, cujos efeitos, no processo civil, são nefastos para o réu: todas as alegações de fato contra ele aduzidas na inicial serão, em princípio, consideradas verdadeiras, ou seja, a revelia equivale a uma confissão do réu no processo civil - porque neste vigora o princípio da verdade formal. No PAD, caso o indiciado não apresente sua defesa escrita no prazo estipulado, será também declarada sua revelia, mas os efeitos desta, em decorrência do princípio da verdade material, são completamente diversos. No PAD a revelia não faz surgir presunção legal alguma contra o servidor, vale dizer, o ônus probatório continua sendo da administração. Além disso, para defender o indiciado revel, a autoridade instauradora do processo designará um servidor como defensor dativo, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. Portanto, sempre existirá uma defesa escrita no PAD, mesmo que não seja feita pelo próprio indiciado ou seu procurador. Ademais, a revelia não possui efeito de confissão de coisa alguma. Apreciada a defesa pela comissão, passa-se à última fase do inquérito administrativo: a elaboração do relatório.

5.13.3.2.3. Relatório

A fase de elaboração do relatório está resumida no art. 165 da Lei 8.112/1990. Deverá constar do relatório um resumo das peças principais dos autos e deverão ser mencionadas as provas em que a comissão se baseou para formar a sua convicção. A principal característica do relatório é que ele deverá sempre ser conclusivo, ou seja, sempre a comissão terá que manifestar sua opinião quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor. Caso o relatório conclua pela responsabilidade do servidor, deverão ser indicados os dispositivos legais ou regulamentares transgredidos, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes. Terminada a fase de elaboração do relatório, encerram-se os trabalhos da comissão. O processo disciplinar, com o relatório conclusivo, será então remetido à autoridade que determinou a sua instauração, para julgamento.

5.13.3.3. Julgamento

A autoridade julgadora deve proferir sua decisão em vinte dias, contados do recebimento do processo (art. 167). É importante observar que se trata de um prazo impróprio, vale dizer, o julgamento fora do prazo legal não implica nulidade do processo (art. 169, § 1.º). A consequência que pode advir da demora no julgamento é a

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 473

prescrição da punição. Ocorrendo a prescrição, em decorrência da demora no julgamento administrativo, por motivo imputável à autoridade julgadora, será ela responsabilizada

(art. 169, § 2.0). A regra geral é ser da própria autoridade Instauradora do processo a competência para o seu julgamento. Entretanto, se a sanção a ser impingida exceder a alçada da autoridade instauradora do processo, ele será encaminhado à autoridade que tenha competência para aplicar a penalidade, a qual, a partir do recebimento do processo, terá um novo prazo (impróprio) de vinte dias para decidir. Havendo mais de um indiciado e diversidade de sanções, o julgamento caberá à autoridade competente para a imposição da pena mais grave (art. 167, §§ 1.º e 2.0). A Lei 8.112/1990 estabelece uma série de competências relativas à aplicação de penalidades em seu art. 141. São elas:

a) nas hipóteses de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade, a penalidade, conforme o Poder, órgão, ou entidade a que se vincula o servidor, deverá ser aplicada pelo Presidente da República, pelos presidentes das casas do Poder Legislativo e dos tribunais federais e pelo Procurador-Geral da República; b) na hipótese de suspensão superior a 30 dias, a penalidade deverá ser aplicada pelas autoridades administrativas de hierarquia imediatamente inferior às descritas na letra "a"; c) as penalidades de advertência e suspensão de até 30 dias são aplicadas pelo chefe da repartição e outras autoridades, na forma dos respectivos regimentos ou regulamentos; d) a destituição de cargo em comissão será aplicada pela autoridade que houver feito a nomeação.

Cabe registrar que o Supremo Tribunal Federal já deixou assente que a competência para aplicação da penalidade de demissão pode ser delegada pelo Presidente da República aos seus Ministros de Estado - simetricamente, pode ser delegada, nos estados, pelo Governador aos secretários estaduais e, nos municípios, pelo Prefeito aos secretários municipais.^{15º} Consoante a jurisprudência de nossa Corte Suprema, a competência para prover cargos públicos inclui a de desprovê-los; e essa competência, prevista na primeira parte do inciso XXV do art. 84 da Constituição Federal, é delegável, por expressa autorização do parágrafo único desse mesmo artigo. A autoridade julgadora não se encontra estritamente vinculada à conclusão do relatório da comissão. Existe, porém, uma vinculação relativa, uma 160 MS 25.518/DF. rei. Min. Sepúlveda Pertence, 14.06.2006; ARE-AgR 680.964/GO, rei. Min. Ricardo Lewandowski, 26.06.2012; ARE-AgR 748.456/GO, rei. Min. Cármen Lúcia, 17.12.2013.

47 4 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marcelo Alexandrino & Vicente Paulo

vez que a lei assevera que o relatório deve ser acatado, salvo se a conclusão for contrária à prova dos autos. Neste caso, a autoridade julgadora, sempre motivadamente - e o motivo

será exatamente a contradição entre a conclusão do relatório e as provas dos autos -, poderá agravar ou abrandar a penalidade proposta, ou isentar o servidor de penalidade. Se o relatório da comissão tiver concluído pela inocência do servidor, a própria autoridade instauradora do processo determinará o seu arquivamento, exceto quando a conclusão for flagrantemente contrária à prova dos autos (art. 167, § 4.º). Caso a infração esteja capitulada como crime, o processo disciplinar será remetido ao Ministério Público para instauração da ação penal, ficando trasladado na repartição (art. 171). Verificada a ocorrência de vício insanável em alguma etapa do processo, a autoridade que determinou sua instauração ou outra de hierarquia superior declarará a sua nulidade, total ou parcial - neste caso, a nulidade atingirá o ato viciado e todos os atos processuais posteriores que dele tenham decorrido ou a ele estejam logicamente relacionados -, e ordenará, no mesmo ato, a constituição de outra comissão para instauração de novo processo (art. 169). É muito importante anotar que, uma vez efetuado o julgamento, o PAD estará encerrado. O julgamento possui um caráter de definitividade (relativa), que se manifesta pelo fato de só haver duas hipóteses em que ele poderá deixar de subsistir, a saber:

a) no caso de vício insanável no PAD, com a consequente nulidade do processo e instauração de um novo (a partir. do ato nulo); e b) na hipótese de revisão, quando se apresentarem fatos novos que justifiquem abrandar a penalidade aplicada, ou mesmo declarar a inocência do servidor que fora apenado.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é firme quanto à inadmissibilidade do assim chamado "rejulgamento" cuja finalidade seja agravar a penalidade já definida pela autoridade julgadora, mesmo que a pretexto de adequar a sanção a orientações normativas ou à própria cominação legal abstrata para aquela infração. Literalmente, assevera o STJ que "é impossível o agravamento da penalidade imposta a servidor público após o encerramento do respectivo processo disciplinar, ainda que a sanção anteriormente aplicada não esteja em conformidade com a lei ou orientação normativa interna". 151

151 MS 13.523/DF, rei. Min. Arnaldo Esteves Lima. 13.05.2009; MS 13.341/DF, rei. Min. Haroldo Rodrigues, 22.06.2011; MS 10 .950/0F, rei. Min. Og Fernandes, 23.05.2012 (Informativo 498 do STJ).

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 47.\$

É imprescindível frisar que o STJ não admite que se pretenda considerar "vício insanável" a mera aplicação de uma penalidade de suspensão, por exemplo, quando a Lei 8.112/1990 estabelecesse, em abstrato, para aquela infração caracterizada no PAD, a sanção de

demissão. A base apontada pela própria Corte Superior para esse entendimento é a Súmula 19 do Supremo Tribunal Federal, nos termos da qual "é inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira". Para o STJ, é cabível que a administração pública anule determinado PAD em casos como os de inobservância de formalidade essencial, ou de violação ao devido processo legal, ou de incompetência da autoridade julgadora para a penalidade que aplicou, entre outras situações que possam ser enquadradas como "vício insanável". Porém, certo é que, no entendimento pacificado desse Tribunal Superior, a mera alegação de que a penalidade aplicada está em desacordo com a sanção que a lei abstratamente comina para aquela infração não autoriza o "rejulgamento" - geralmente precedido de uma "anulação parcial" ilegítima (porquanto inexistente vício que a justifique) - para o fim de agravar a penalidade originalmente aplicada. Essa pretensão, conforme a posição sedimentada no âmbito do STJ, ofende o devido processo legal e esbarra na proibição de bis in idem (dupla punição com base no mesmo fato), bem como na regra segundo a qual a revisão da pena aplicada no PAD só se pode dar para melhorar a situação do servidor (vedação à reformatio in pejus). Por fim, não se deve esquecer que a decisão proferida pela administração pública no julgamento de um PAD é um ato administrativo como outro qualquer e, assim, passível de controle de legalidade (incluído o controle de razoabilidade e proporcionalidade) pelo Poder Judiciário, o qual anulará qualquer decisão ilegal, desde que o interessado o provoque. Vale registrar, a esse respeito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nos termos da qual "é possível ao Judiciário examinar a motivação do ato que impõe pena disciplinar ao servidor, com o desiderato de averiguar se existem provas suficientes da prática da infração ou mesmo se ocorre flagrante ofensa ao princípio da proporcionalidade".¹⁵² Frise-se que o Poder Judiciário não aplicará, ele mesmo, uma penalidade disciplinar ao servidor, substituindo-se à autoridade administrativa competente. Simplesmente, se constatar ilegalidade no PAD ou na decisão neste prolatada, o Poder Judiciário, uma vez provocado, anulará o processo ou a decisão, tal como pode ocorrer com todos os processos e decisões administrativos em nosso ordenamento jurídico.

¹⁵² MS 14.993/DF, rei. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 08.06.2011 (Informativo 476 do STJ).

476 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Marc'31o Alexandrino & Vioente Paulo

5. 73.4. Rito sumário (acumulação, abandono de cargo, inassiduidade habitual)

A Lei 8.112/1990 foi alterada pela Lei 9.527/1997, que entre inúmeras outras disposições, estabeleceu, para os casos de acumulação ilícita de cargos públicos e de abandono de cargo ou inassiduidade habitual, um rito especial de investigação e julgamento, denominado, pela própria lei, rito sumário. O prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar submetido ao rito sumário é de trinta dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por até quinze dias, quando as circunstâncias o exigirem. O PAD submetido a esse rito sumário segue a disciplina dos arts. 133 e 140 da Lei 8.112/1990 e, subsidiariamente, as disposições pertinentes ao PAD ordinário. Quanto à acumulação ilegal, constatada esta a qualquer tempo, o servidor deverá ser notificado para apresentar opção no prazo improrrogável de dez dias, contados da data da ciência da notificação. Caso o servidor não apresente a opção no prazo, será instaurado processo administrativo, sob procedimento sumário, visando à apuração e regularização da sua situação. O processo administrativo disciplinar sumário, nessa hipótese, terá as seguintes fases e prazos:

1) instauração: ocorre com a publicação do ato que constituir a comissão, a ser composta por dois servidores estáveis. O próprio ato de instauração deverá indicar a autoria e a materialidade da transgressão objeto da apuração (descrição dos cargos, empregos ou funções públicas em situação de acumulação ilegal, dos órgãos ou entidades de vinculação, das datas de ingresso, do horário de trabalho e do correspondente regime jurídico); 2) instrução sumária: compreende as subfases indicição, defesa e relatório; 3) julgamento.

A comissão lavrará, até três dias após a publicação do ato que a constituiu, termo de indicição e promoverá a citação pessoal do servidor indiciado, ou por intermédio de sua chefia imediata, para, no prazo de cinco dias, apresentar defesa escrita, sendo assegurada a ele vista do processo na repartição. A opção pelo servidor até o último dia de prazo para defesa configurará sua boa-fé, hipótese em que se converterá automaticamente em pedido de exoneração do outro cargo.

Cap. 7 • SERVIDORES PÚBLICOS 477

Apresentada a defesa, a comissão elaborará relatório conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor, em que resumirá as peças principais dos autos, opinará sobre a licitude da acumulação em exame, indicará o respectivo dispositivo legal e remeterá o processo à autoridade instauradora, para julgamento. No prazo de cinco dias, contados do recebimento do processo, a autoridade julgadora proferirá a sua decisão. Caracterizada a acumulação ilegal e provada a má-fé, aplicar-se-á a pena de demissão,

destituição ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade em relação aos cargos, empregos ou funções públicas em regime de acumulação ilegal, hipótese em que os órgãos ou entidades de vinculação serão comunicados. Conforme antes mencionado, na apuração de abandono de cargo ou inassiduidade habitual também será adotado o procedimento sumário, com as seguintes peculiaridades:

- a) a indicação da materialidade, na hipótese de abandono de cargo, consiste na indicação precisa do período de ausência intencional do servidor ao serviço superior a trinta dias;
- b) a indicação da materialidade, na hipótese de inassiduidade habitual, é feita pela indicação dos dias de falta ao serviço sem causa justificada, por período igual ou superior a sessenta dias, interpoladamente, durante o período de doze meses.

Após a apresentação da defesa, a comissão elaborará relatório conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor, em que resunirá as peças principais dos autos, indicará o respectivo dispositivo legal, opinará, na hipótese de abandono de cargo, sobre a intencionalidade da ausência ao serviço superior a trinta dias e remeterá o processo à autoridade instauradora para julgamento.

5.13.5. Revisão do PAD

A revisão do processo administrativo disciplinar está regulada nos arts. 174 a 182 da Lei 8.112/1990. Conforme foi visto nos tópicos precedentes, o PAD federal ocorre em instância única. Não há uma segunda instância à qual o servidor possa, automaticamente, recorrer sempre que inconformado com a decisão. Aliás, um recurso hierárquico, em grande parte das situações, nem mesmo seria possível. Basta lembrar, por exemplo, que a penalidade de demissão, no Poder Executivo, é julgada e aplicada pelo próprio Presidente da República (embora essa competência admita delegação).

478 DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO • Mamelo A/exendrlno & Vicente Paulo A possibilidade de revisão do PAD não pode ser considerada uma segunda instância desse processo administrativo. Deveras, só se pode falar em revisão depois que o processo a ser revisto está concluído, terminado, encerrado. A rigor, a revisão é um novo processo administrativo, que corre em apenso ao processo originário (art. 178). A revisão somente é cabível quando se apresentarem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada (art. 174). Frise-se este ponto: como não se trata de uma segunda instância a que o servidor tivesse direito subjetivo, a simples alegação de injustiça da penalidade não constitui fundamento para a revisão, a qual requer elementos novos, ainda não apreciados no processo originário (art. 176). A revisão poderá ocorrer de ofício (iniciativa da

própria administração) ou a pedido do servidor. Em caso de falecimento, ausência ou desaparecimento do servidor, qualquer pessoa da família poderá requerer a revisão do processo (art. 174, § 1.º). No caso de incapacidade mental do servidor, a revisão deve ser requerida pelo respectivo curador (art. 174, § 2.0). A revisão pode ocorrer a qualquer tempo, significa dizer, a possibilidade de revisão do PAD não é alcançada por prazo extintivo de espécie alguma. Caso seja deferida a revisão do processo - o juízo de admissibilidade compete ao Ministro de Estado ou autoridade equivalente -, será constituída uma comissão de revisão, observadas as mesmas regras da comissão investigadora do PAD, a qual terá sessenta dias, improrrogáveis, para a conclusão dos seus trabalhos. O prazo (impróprio) para julgamento, que deve ser realizado pela mesma autoridade que aplicou a penalidade, é de vinte dias. Julgada procedente a revisão, será declarada. sem efeito a penalidade aplicada, restabelecendo-se todos os direitos do servidor, exceto em relação à destituição de cargo em comissão, que será convertida em exoneração (art. 182). Por fim, duas importantes regras concernentes à revisão do PAD devem ser anotadas, a saber:

a) o ônus da prova, na revisão a pedido, cabe ao requerente. No PAD, o ônus da prova é da administração. Na revisão a pedido, inverte-se esse ônus; b) da revisão não pode resultar agravamento da penalidade, isto é, não se admite a denominada reformaria in pejus. Trata-se de uma relevante exceção ao princípio da verdade material, por força da qual a regra

BIBLIOGRAFIA:

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A nova hermenêutica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. in “Crise e desafios da Constituição”. SAMPAIO, José Adércio de. (Coord.) Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 18ªed. Ver. Ampl. Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2007.

CRETELLA JR., José. *Manual de Direito Administrativo*, 7ª ed., Rio de Janeiro: FORENSE, 2000.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Atos de Improbidade Administrativa. Doutrina, Legislação e Jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2008.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na constituição*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

FILHO, Marino Pazzaglini. Princípios reguladores da Administração Pública. São Paulo: Atlas, 2000.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 4ed. Rev. Ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HARGER, Marcelo. A inexistência de improbidade administrativa culposa. *Revista Bonijuris*, n. 559, jun. 2010.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 1999.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

RIVERO, Jean. Curso de direito administrativo comparado. Tradução de José Cretella Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.