

FACULDADES INTEGRADAS DE BAURU
CURSO DE DIREITO

Tays Caroline Miranda

**SERVIDOR PÚBLICO E O DIREITO À ESTABILIDADE: REFLEXOS DA
GARANTIA NO FUNCIONALISMO PÚBLICO.**

Bauru
2019

Tays Caroline Miranda

**SERVIDOR PÚBLICO E O DIREITO À ESTABILIDADE: REFLEXOS DA
GARANTIA NO FUNCIONALISMO PÚBLICO.**

**Monografia apresentada às
Faculdades Integradas de Bauru para
obtenção do título de Bacharel em
Direito, sob a orientação da professora
Ma. Cláudia Fernanda de Aguiar
Pereira.**

**Bauru
2019**

MIRANDA, Tays Caroline.

Servidor público e o direito à estabilidade: reflexos da garantia no funcionalismo público. Tays Caroline Miranda. Bauru, FIB, 2019.

999f.

Monografia, Bacharel em Direito. Faculdades Integradas de Bauru - Bauru

Orientadora: Ma. Cláudia Fernanda de Aguiar Pereira.

1. Servidor público. 2. Estabilidade. 3. Consequências.
I. Título II. Faculdades Integradas de Bauru.

CDD 340

Tays Caroline Miranda

**SERVIDOR PÚBLICO E O DIREITO À ESTABILIDADE: REFLEXOS DA
GARANTIA NO FUNCIONALISMO PÚBLICO.**

**Monografia apresentada às
Faculdades Integradas de Bauru para
obtenção do título de Bacharel em
Direito, sob a orientação da professora
Ma. Cláudia Fernanda de Aguiar
Pereira.**

Bauru, 25 de outubro de 2019.

Banca Examinadora:

Presidente/Orientador:

Professor 1:

Professor 2:

**Bauru
2019**

Àqueles que são meu porto seguro, meus amados pais, Gildásio e Luciana.

AGRADECIMENTOS

Acima de tudo, agradeço a Deus pelas portas abertas na minha vida e pela oportunidade de estar dentro de uma faculdade estudando aquilo que amo, o Direito.

Eterna gratidão ao meu pai, pois, desde quando eu era criança, me ensina a importância da educação e me mostra como o conhecimento pode mudar nosso futuro.

À minha mãe, que sempre esteve presente em todos os momentos da minha existência, apoiando-me, animando-me, valorizando-me e me encorajando a nunca desistir.

Aos meus amigos, Sabrina, Josiane, Guilherme Fal e Mariana, que me consolaram nos momentos difíceis que vivi neste ano, dando-me forças para continuar.

A alguém muito especial, não mais ao meu lado na jornada, mas guardado no coração.

E à minha querida orientadora, professora Cláudia, sempre muito dedicada em sua função de apoio, a quem muito admiro.

“Com grandes poderes, vêm grandes responsabilidades.”

(Stan Lee)

MIRANDA, Tays Caroline. **Servidor público e o direito à estabilidade: reflexos da garantia no funcionalismo público.** 2019 999f. Monografia apresentada às Faculdades Integradas de Bauru, para obtenção do título de Bacharel em Direito. Bauru, 2019.

RESUMO

Esta monografia aborda o direito à estabilidade conferido a certos servidores públicos que atendam a requisitos constitucionalmente estabelecidos. Trata-se de assunto de grande relevância e discussão nos dias atuais já que as consequências do instituto no funcionamento da máquina pública são alvos de críticas, tanto positivas quanto negativas. No decorrer do estudo, busca-se demonstrar o conceito de Administração Pública, os princípios que a regem, a classificação dos agentes públicos, os regimes jurídicos que os disciplinam, as formas de ingresso no funcionalismo, o conceito de estabilidade, as condições para adquiri-la, os efeitos jurídicos gerados pela garantia e os argumentos favoráveis e contrários à sua existência. Findando a pesquisa, verifica-se a grande importância do direito para o adequado exercício da função pública, de forma que a atuação dos agentes possa ser eficiente, impessoal, moral, protegida de influências externas, visando tão somente o atendimento do interesse coletivo.

Palavras-chave: Servidor público. Estabilidade. Consequências.

MIRANDA, Tays Caroline. **Servidor público e o direito à estabilidade: reflexos da garantia no funcionalismo público.** 2019 999f. Monografia apresentada às Faculdades Integradas de Bauru, para obtenção do título de Bacharel em Direito. Bauru, 2019.

ABSTRACT

This monograph addresses the right to stability conferred on certain civil servants who meet constitutionally established requirements. This is a matter of great relevance and discussion nowadays as the consequences of the institute on the operation of the public machine are criticized, both positive and negative. Throughout the study, we seek to demonstrate the concept of Public Administration, the principles that govern it, the classification of public agents, the legal regimes that discipline them, the forms of entry into functionalism, the concept of stability, the conditions for acquiring it, the legal effects generated by the guarantee and the arguments for and against its existence. At the end of the research, the great importance of the law for the proper exercise of the public function is verified, so that the agents' performance can be efficient, impersonal, moral, protected from external influences, aiming only at the attendance of the collective interest.

Keywords: Public server. Stability. Consequences.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADCT: Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

ADIn: Ação Direta de Inconstitucionalidade;

Art.: artigo;

CF: Constituição Federal;

CLT: Consolidação das Leis do Trabalho;

DF: Distrito Federal;

EC: Emenda Constitucional;

FGTS: Fundo de Garantia do Tempo de Serviço;

IBGE: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística;

MARE: Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado;

STF: Supremo Tribunal Federal;

TST: Tribunal Superior do Trabalho.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	14
2.1	Noções iniciais	14
2.2	Conceito de Administração Pública	16
2.3	Reforma Administrativa	17
2.4	Princípios fundamentais da Administração Pública	19
3	AGENTES PÚBLICOS	23
3.1	Conceito e classificação	23
3.1.1	Agentes políticos	24
3.1.2	Militares e particulares em colaboração com o Poder Público	25
3.1.3	Servidores públicos (em sentido amplo)	27
3.1.3.1	Cargos, empregos e funções públicas	28
3.1.3.2	Servidores estatutários, empregados públicos e servidores temporários	32
3.1.3.3	Regime jurídico ideal para reger os servidores públicos	37
3.2	Ingresso dos servidores no funcionalismo público	41
4	O DIREITO À ESTABILIDADE E SEUS CONSEQUÊNCIAS LEGAIS	45
4.1	Conceito e breve histórico da garantia no Brasil	45
4.2	Requisitos para aquisição da estabilidade	48
4.2.1	Nomeação para cargo de provimento efetivo	49
4.2.2	Concurso público	52
4.2.3	Estágio probatório	53
4.2.4	Avaliação especial de desempenho	55
4.3	Consequências jurídicas da aquisição do direito à estabilidade	56
4.3.1	Sentença judicial transitada em julgado	58
4.3.2	Processo administrativo	59

4.3.3	Avaliação periódica de desempenho	60
4.3.4	Excesso de despesa com pessoal	62
4.3.5	Demais garantias inerentes ao servidor público estável	63
5	CRÍTICAS À GARANTIA DE ESTABILIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO	66
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
	REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva abordar aspectos do direito constitucional à estabilidade no serviço público. Tal garantia é conferida a certos agentes públicos, que preencham requisitos definidos na Lei Maior, e enseja a permanência destes no funcionalismo público.

O estudo da temática se revela importante pois o instituto é alvo de constantes críticas sociais, baseadas nas consequências jurídicas decorrentes do direito. Por isso, a compreensão dos fundamentos que amparam a existência da garantia é indispensável para que se possa verificar a relevância da estabilidade no desempenho da máquina pública.

A pesquisa será realizada com base em revisão bibliográfica de obras concernentes ao assunto, analisando-se também as disposições da legislação brasileira e o entendimento da jurisprudência sobre o direito.

Dividir-se-á a obra em quatro seções, como se demonstrará abaixo.

A primeira seção, denominada “A Administração Pública”, abordará noções iniciais sobre o Estado, a tripartição de Poderes, o conceito de Administração Pública, a Reforma Administrativa à qual esta se submeteu ao longo do tempo e os princípios fundamentais que a regem.

A segunda seção, designada “Agentes Públicos”, visará a conceituação das pessoas que se vinculam ao Estado, classificando-as conforme a proposta de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na qual os agentes públicos compreendem os agentes políticos, os militares, os particulares em colaboração com o Poder Público e os servidores públicos, em sentido amplo. Para melhor entendimento da última categoria, serão diferenciados cargos, empregos e funções públicas, o que auxiliará na distinção dos servidores estatutários, dos empregados públicos e dos servidores temporários. Ainda, considerando que o foco do estudo recairá sobre os servidores públicos, demonstrar-se-á o regime jurídico ideal para regê-los e o modo como ingressam no funcionalismo público.

A terceira seção, intitulada “O direito à estabilidade e seus consectários legais”, buscará definir o que é a estabilidade, apresentando um breve histórico da garantia no Brasil. Serão expostos os requisitos necessários para a aquisição do

direito, quais sejam, nomeação para cargo de provimento efetivo, concurso público, estágio probatório e avaliação especial de desempenho, apontando-se, também, as consequências jurídicas que decorrem do instituto. Serão analisadas as formas de rompimento involuntário do vínculo jurídico formado entre a Administração Pública e seus servidores e outras garantias reflexas da estabilidade, que são a reintegração, a disponibilidade e o aproveitamento.

A quarta e última seção, nomeada “Críticas à garantia de estabilidade no serviço público”, pontuará, sucintamente, aspectos positivos e negativos do instituto, objetivando concluir se a estabilidade se torna um bônus ou um ônus para o funcionalismo público.

Posto isso, evidencia-se o foco da monografia em apresentar todas as nuances da estabilidade do servidor público, desde a sua origem até o modelo atual da garantia, abordando todos os conceitos correlatos ao direito, os quais ensejarão a perfeita compreensão do assunto a ser estudado, possibilitando a visualização dos reflexos do instituto na Administração Pública.

Sem mais rodeios, iniciar-se-á a exposição da temática a seguir.

2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No presente capítulo, serão abordadas breves noções iniciais sobre a Administração Pública, conceituando-a, indicando as reformas às quais se submeteu ao longo do tempo e apontando alguns dos princípios fundamentais que regem toda a atividade administrativa.

2.1 Noções iniciais

Ensinam Ricardo Alexandre e João de Deus (2017) que a vivência em sociedade faz parte da natureza humana; certas necessidades, interesses e objetivos dos indivíduos somente podem ser alcançados se houver a cooperação de outras pessoas. Assim, o Direito atribui personalidade jurídica a determinados ajuntamentos humanos para que, em nome do grupo, atuem e respondam por seus atos. Surgem, daí, as pessoas jurídicas, que são sujeitos de direitos e obrigações.

O Estado, formado por três elementos indissolúveis – povo, território e governo soberano –, é uma pessoa jurídica de direito público externo com atuação nos âmbitos nacional e internacional. De acordo com a Lei Maior (art. 1º), o Brasil adota a forma federativa de Estado, isto é, há uma descentralização política e, conseqüentemente, o país é composto pela União, pelos Estados-membros, pelo Distrito Federal e pelos Municípios. É importante observar que todas essas pessoas políticas são também pessoas jurídicas de direito público interno, que não possuem qualquer subordinação entre si, conservando autonomia legislativa e organizacional (política, administrativa e financeiramente), desde que respeitados os preceitos estabelecidos na Constituição Federal (ALEXANDRE e DEUS, 2017). Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo expõem que:

[...] Em decorrência dessa forma de organização, verificamos a existência de Administrações Públicas autônomas em cada uma das esferas da Federação. Temos, portanto, uma administração pública federal, uma administração distrital, administrações estaduais e administrações municipais (2010, p. 14).

O Estado tem como um de seus atributos o poder, e este é um meio utilizado para o alcance de seus fins (em um Estado Democrático de Direito, como o Brasil, geralmente se busca o atendimento do interesse público).

O poder estatal se manifesta através de seus órgãos, exercendo três funções básicas: as legislativas, as judiciais e as administrativas (ou executivas). Cada Poder possui funções típicas e atípicas. O Poder Legislativo tem a incumbência legiferante, isto é, cria normas de conduta que disciplinarão as relações sociais. O Poder Judiciário detém a atividade jurisdicional, ou seja, aplica as normas legais ao caso concreto para a solução definitiva de litígios. O Poder Executivo conserva a função administrativa, em outras palavras, tem a responsabilidade de gerir os bens, serviços e interesses públicos na forma da lei. Estas são as funções típicas de cada Poder. A atipicidade consiste no desempenho de atividades que são, a rigor, típicas de outros poderes, mas necessárias ao bom funcionamento de cada órgão e essenciais para que haja harmonia entre as esferas de Poder (ALEXANDRE e DEUS, 2017).

Em relação à tripartição do Poder, válido é o comentário realizado por Fernanda Marinela:

Importante observar, ainda, que Montesquieu não empregou, em sua obra política, as expressões “Separação de Poderes” ou “Divisão de Poderes”, como se esses fossem elementos estanques e incomunicáveis em todas as suas manifestações, o que representa um pensamento deturpado. Na verdade, a tripartição dos Poderes não gera absoluta divisão de poderes e de funções, mas sim distribuição de três funções estatais precípuas, mesmo porque o poder estatal é uno e indivisível (2017, p. 65).

Complementando o pensamento acima, temos a seguinte lição:

Na história do constitucionalismo, a idéia inicial de uma rígida separação entre os Poderes foi sendo substituída pela proposta de uma maior interpenetração, coordenação e harmonia entre eles. Com isso, cada Poder passou a desempenhar não só suas funções próprias, mas também, de modo acessório, funções que, em princípio, seriam características de outros Poderes. A separação rígida, aos poucos, deu lugar a uma divisão flexível das funções estatais, na qual cada Poder termina por exercer, em certa medida, as três funções do Estado: uma em caráter predominante (por isso denominada típica), e outras de natureza acessória, denominadas atípicas (porque, em princípio, são próprias de outros poderes) (ALEXANDRINO e PAULO, 2010, p. 15).

Ainda, Hely Lopes Meirelles e José Emmanuel Burle Filho (2016, p. 65) explicam que “[...] todos os Poderes têm necessidade de praticar atos administrativos, ainda que restritos à sua organização e ao seu funcionamento [...]”. Assim, para o desenvolvimento deste trabalho, essencialmente importa verificarmos

que a função administrativa, embora seja típica do Poder Executivo, também está presente e é exercida atipicamente pelos Poderes Legislativo e Judiciário.

Apresentada a figura da Administração Pública, imprescindível se faz a sua conceituação para que haja melhor compreensão das pessoas jurídicas com as quais o servidor público se vinculará.

2.2 Conceito de Administração Pública

Inicialmente, faz-se necessária a distinção entre as definições de Governo e Administração, já que não se confundem. O Governo possui natureza política e tem a incumbência de elaborar políticas públicas de forma relativamente independente e discricionária. A Administração apresenta o condão de executar as decisões governamentais, sendo suas ações vinculadas à lei ou à norma técnica (ALEXANDRE e DEUS, 2017). Embora sejam conceitos distintos, complementam Meirelles e Burle Filho (2016, p. 69) que ambos “[...] atuam por intermédio de suas entidades (pessoas jurídicas), de seus órgãos (centros de decisão) e de seus agentes (pessoas físicas investidas em cargos e funções)”.

A expressão Administração Pública pode ser entendida sob dois aspectos: em sentido objetivo (material ou funcional) ou em sentido subjetivo (formal ou orgânico).

Quando se fala em administração pública, no sentido objetivo do termo, designa-se a atividade administrativa propriamente dita, pela qual se busca, através da ação dos agentes e órgãos estatais, a satisfação do interesse público (ALEXANDRE e DEUS, 2017).

Denomina-se Administração Pública, em sentido subjetivo, nos dizeres de Matheus Carvalho (2017), o conjunto de órgãos e agentes estatais que atuam no exercício da função administrativa, isto é, na busca da defesa concreta dos interesses públicos, dentro dos limites da lei, seja no âmbito Executivo, Legislativo ou Judiciário. Sob o ponto de vista constitucional (ALEXANDRE e DEUS, 2017), a Administração Pública compreende os entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e as entidades por estes criadas para integrar a sua Administração Indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista).

Posto isso e considerando que a Administração Pública deve agir da melhor forma possível para que satisfaça aos anseios sociais, é oportuno destacar a reforma pela qual esta se submeteu ao longo do tempo, com vistas ao seu aperfeiçoamento como gerenciadora do interesse público.

2.3 Reforma Administrativa

Odete Medauar (2018) explica que, com o aumento das funções do Estado, ampliaram-se as atividades da Administração Pública. Assim, esta incorporou a responsabilidade principal de efetivar os direitos assegurados pela Constituição Federal e pelas demais leis e, por isso, possui uma extensa variedade de complexas atribuições para exercer.

Nota-se a importância dada à Administração ao se verificar que o tema é titular de um capítulo próprio na nossa Lei Maior (Título III – Capítulo VII). Circundando as disposições constitucionais e infraconstitucionais sobre o assunto (Administração Pública), percebe-se a preocupação em modernizá-la para que seja eficiente, incorrupta, boa gestora de seus recursos, respeitosa com os cidadãos. A busca por tais avanços geralmente vem expressa em propostas de reforma administrativa, necessárias à existência de melhorias no funcionamento da máquina estatal (MEDAUAR, 2018).

Na década de oitenta, o modelo de desenvolvimento econômico adotado pelo Brasil entrou em decadência com o agravamento da crise fiscal do Estado. Consequência disso, dentre outras coisas, foi a diminuição da qualidade dos serviços públicos no país. Durante os anos noventa, visando contrapor-se a essa deterioração, surge um aglomerado de pensamentos denominado “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE) e aprovado pela Câmara da Reforma do Estado em 1995, cujo principal objetivo era substituir o modelo de administração pública burocrática vigente à época em toda a estrutura organizacional do Estado, isto é, nos âmbitos Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes da Federação, quais sejam, União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios (ALEXANDRE e DEUS, 2017).

Entende-se por administração pública burocrática, ainda conforme Alexandre e Deus (2017), o modelo de gestão que emergiu na segunda metade do século XIX

como forma de conter a corrupção e o nepotismo existente no período. Baseava-se no poder racional legal, ou seja, seus princípios básicos eram a profissionalização, a ideia de carreira, a hierarquia funcional, a impessoalidade, o formalismo, tudo visando a efetividade no controle de abusos. Porém, ao proceder com tanto rigor, perdia-se o foco estatal, que é atender ao interesse público, servir à sociedade em geral. Desta forma, o grande problema da burocracia instalada era ineficiência ocasionada na Administração Pública.

Nesse contexto e com a elevação da quantidade de serviços estatais, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado buscava, principalmente, implantar um modelo de administração gerencial no Brasil, o qual possui como metas a qualidade, a produtividade e a eficiência na prestação dos serviços públicos (ALEXANDRE e DEUS, 2017).

A administração pública gerencial é, de certa forma, inspirada na administração de empresas. Almeja, como dito, que a prestação dos serviços públicos seja eficiente e que o cidadão seja visto como o mais importante beneficiário do Estado, em outras palavras, a Administração Pública deve agir de modo que atenda ao interesse social. Há uma alteração no foco de controle, pois a ideia é diminuir a relevância da forma dos procedimentos adotados, desde que legais, e priorizar a obtenção de resultados. Assim, deseja-se uma administração célere, prestativa, que cumpra de forma eficaz os seus objetivos. Para tanto, é necessária uma série de mudanças, dentre elas flexibilidade de gestão, descentralização de funções, redução de níveis hierárquicos, sempre visando ampliar a autonomia dos órgãos e das entidades integrantes da máquina estatal (ALEXANDRE e DEUS, 2017).

Com o fim de que esse modelo começasse a ser implantado no Brasil, foram necessárias mudanças constitucionais e infraconstitucionais no nosso ordenamento jurídico. A Emenda Constitucional 19/1998 foi o mais relevante instrumento utilizado para a efetivação da reforma da Administração Pública. Importam ao presente estudo as seguintes exemplificações de alterações decorrentes da adoção do modelo gerencial no país:

[...]flexibilização das relações jurídico-funcionais entre a Administração e seus agentes públicos: abolição da exigência de regime jurídico único¹, flexibilização da estabilidade dos servidores estatutários, redução de direitos e vantagens legais dos servidores públicos etc.; [...] acréscimo, ao *caput* do art. 37 da Constituição, do princípio da eficiência, que passa a ser princípio exposto, informador de toda a atividade administrativa (ALEXANDRINO e PAULO, 2010, p. 134-135).

Visto isso, é válido destacar os princípios regentes da Administração Pública que possuem vínculo mais estreito com o tema ora estudado.

2.4 Princípios fundamentais da Administração Pública

Para melhor entendimento do conceito amplo de princípios, Marinela (2017) explana que são proposições básicas que servem de apoio para a interpretação das normas jurídicas. Sob um ponto de vista direcionado, para José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 48), “princípios administrativos são os postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública. Representam cânones pré-normativos, norteando a conduta do Estado quando no exercício de atividades administrativas”.

O Texto da Constituição Federal, no *caput* do artigo 37, dispõe que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]” (BRASIL, 1988). Daí decorrem os princípios administrativos constitucionais explícitos, os quais servirão de base para a existência dos demais princípios instituídos em leis infraconstitucionais ou, até mesmo, implícitos no ordenamento jurídico que disciplina a atividade administrativa.

Tendo em vista que o enfoque do trabalho é o servidor público e o seu direito à estabilidade no cargo ocupado, serão abordados neste item apenas os princípios que vigoram na Administração Pública e possuem interferência direta sobre o assunto objeto da monografia. São eles: legalidade, impessoalidade, eficiência, continuidade dos serviços públicos e celeridade processual.

a) Princípio da legalidade: Meirelles e Burle Filho (2016) explicam que, de acordo com este princípio, o administrador público deve pautar todos os seus atos

¹ Vide mais detalhes sobre o assunto no item 3.1.3.3 – Regime jurídico ideal para reger os servidores públicos

na lei para que sejam atendidas as exigências do bem comum. Se o ato realizado violar os mandamentos legais, poderá ser invalidado. E, neste caso, o agente que o praticou ficará sujeito a eventuais sanções disciplinares, inclusive civis e criminais, dependendo da situação concreta. Continuam os autores lecionando que:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim” (MEIRELLES e BURLE FILHO, 2016, p. 93).

Portanto, o princípio da legalidade impõe à Administração Pública o estrito cumprimento legal no exercício de seus atos. Embora o administrador, para certas situações, tenha escolha discricionária, não deve extrapolar os limites estabelecidos em lei, já que a norma legislativa representa a vontade do povo, que é o principal administrado. E, no mesmo sentido, deve ser a atuação de todas as pessoas que praticam a atividade administrativa.

b) Princípio da impessoalidade: de acordo com Carvalho (2017), entende-se por este princípio que a atuação dos agentes públicos, em nome do Estado, sempre deve visar a concretização dos interesses sociais, já que a Administração Pública é uma mera gestora dos bens e anseios públicos. Assim, os atos estatais não podem objetivar beneficiar ou prejudicar pessoas pré-determinadas, sendo prescindível conhecer quem será atingido pela ação da máquina pública pois a atuação administrativa deve ser imparcial. Já Marinela (2017) reforça que o objetivo do princípio é o tratamento igualitário que deve ser ofertado pela Administração a todos os administrados que se encontrem na mesma situação jurídica. E, nesse mesmo sentido, relevante se faz observar o seguinte comentário proferido por Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia (MELLO, 2009, p. 114).

Desta forma, pode-se dizer que o princípio da impessoalidade se resume na determinação de que o Estado aja de forma imparcial, buscando atender ao

interesse da coletividade e se isentando de patrocínios que beneficiem uns em detrimento de outros sem que exista fundamento legal para tanto.

c) Princípio da eficiência: é um reflexo direto do modelo de administração pública gerencial abordado anteriormente. Como os atos administrativos estão sujeitos a controle, os métodos de gestão da Administração Pública geram morosidade, desperdícios e baixa produtividade, o que a torna ineficiente se comparada com a administração de empreendimentos privados (ALEXANDRINO e PAULO, 2010). Para buscar melhorias no desempenho da máquina pública, a eficiência foi estabelecida como um princípio constitucional a ser observado pela Administração Direta e Indireta. Maria Sylvia Zanella Di Pietro o esmiúça da seguinte forma:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público. [...] Vale dizer que a eficiência é o princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito (DI PIETRO, 2016, p. 114-115).

Posto isso, observa-se que este princípio almeja que a máquina estatal funcione de forma efetivamente ágil na administração do interesses sociais e, não somente isso, que suas ações sejam eficientes para que sempre haja a melhor gestão da coisa pública.

d) Princípio da continuidade do serviço público: Alexandre e Deus (2017, p. 123) comentam que “[...] a busca do bem comum deve ocorrer de forma incessante, sem solução de continuidade”. Disso decorre o entendimento de que, em regra, o serviço público não pode parar. Tal princípio alcança toda a atividade administrativa e está intimamente ligado à eficiência pois, para que um serviço tenha qualidade, não podem haver frequentes paralisações na sua prestação, o que causa prejuízo aos usuários (CARVALHO FILHO, 2017). Como complemento:

Os serviços públicos, como seu nome indica, são prestados no interesse da coletividade, sob regime de direito público. Por esse motivo, sua prestação deve ser adequada, não podendo sofrer interrupções. A interrupção de um serviço público prejudica toda a coletividade, que dele depende para a satisfação de seus interesses e necessidades (ALEXANDRINO e PAULO, 2010, p. 212).

Portanto, considerando que os serviços públicos são indispensáveis à manutenção dos interesses sociais, não é admissível que sua prestação seja constantemente interrompida, já que isso afetaria de forma negativa a sua qualidade e, conseqüentemente, toda a coletividade seria prejudicada.

e) Princípio da celeridade processual: a Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LXXVIII, estabeleceu a todos, como um direito e garantia fundamental, a razoável duração do processo e a adoção de meios que garantam a celeridade de sua tramitação (BRASIL, 1988). O postulado deve ser aplicado nos âmbitos judicial e administrativo, sendo que o uso neste é o que nos importa. Assim, nota-se que a celeridade está estritamente ligada à efetividade processual, haja vista que a morosidade no processamento dos feitos e a conseqüente demora em proferir decisões não condiz com o princípio constitucional da eficiência, que deve ser observado em toda a Administração Pública.

Ante o exposto nesse capítulo, verificamos que a atividade administrativa está presente nas três esferas de Poder, isto é, no Executivo, no Legislativo e no Judiciário e, para exercê-la em todos esses âmbitos, é indispensável a existência de agentes públicos, que devem atuar sempre com observância aos princípios norteadores da Administração Pública, principalmente para que haja uma máquina estatal eficiente. Visto isso, aprofundaremos o estudo sobre essas pessoas (os agentes públicos) para entendermos a sua classificação e, principalmente, o conceito de servidores públicos.

3 AGENTES PÚBLICOS

Neste capítulo, serão abordados o conceito e a classificação dos agentes públicos, categoria esta que abrange os agentes políticos, os militares, os particulares em colaboração com o Poder Público e os servidores públicos. Ademais, serão diferenciados os cargos, empregos e funções públicas, além de se demonstrar qual o melhor regime jurídico para disciplinar os servidores e a forma como ocorre o ingresso no funcionalismo público.

3.1 Conceito e classificação

As pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta são denominadas agentes públicos (DI PIETRO, 2016). A função pública exercida por esses agentes pode ser remunerada ou gratuita, definitiva ou transitória, política ou jurídica (CARVALHO FILHO, 2017).

Assim, verifica-se que o conceito de agentes públicos é amplo, pois abrange toda forma de vínculo que haja entre um indivíduo e o Poder Público com o fim de que aquele seja um instrumento para executar as vontades deste. Pode-se dizer que “o agente público é a pessoa natural mediante a qual o Estado se faz presente” (ALEXANDRINO e PAULO, 2010, p. 124).

Posto isso, faz-se necessária a apresentação da classificação adotada para diferenciá-los.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016), com vistas à Constituição Federal, dispõe que há quatro categorias de agentes públicos: agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração com o Poder Público.

Considerando que os servidores públicos são os que precipuamente importam a este trabalho, serão abordadas as demais espécies em primeiro plano, de forma breve, para que aqueles sejam vistos com mais propriedade em seguida.

Importante observar também que a doutrina não é pacífica na classificação do assunto, sendo que cada autor define e divide os agentes públicos conforme o seu entendimento. Não obstante isso, o cerne da questão foi elaborado de forma satisfatória por Di Pietro, razão pela qual será adotada a sua categorização.

3.1.1 Agentes políticos

Os agentes políticos são aqueles que ocupam cargos estruturais da organização política do país, normalmente através de mandatos de caráter transitório (MARINELA, 2017). Exercem atividades típicas de governo, competindo-lhes a elaboração de políticas públicas (ALEXANDRE e DEUS, 2017). Integram os mais altos escalões do Poder Público, absorvendo também as funções de direção, orientação e supervisão geral da administração pública (ALEXANDRINO e PAULO, 2010). Nas palavras de Carvalho Filho:

Agentes políticos são aqueles aos quais incumbe a execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público. São estes agentes que desenham os destinos fundamentais do Estado e que criam as estratégias políticas por eles consideradas necessárias e convenientes para que o Estado atinja os seus fins (2017, p. 395).

Vale destacar que tais agentes possuem as seguintes características: a) têm regime jurídico estatutário, visto que seus direitos e deveres estão previstos na lei ou na própria Constituição Federal; b) em regra, são de natureza política os seus vínculos jurídicos com o Estado, pois, em sua maioria, são escolhidos por eleição popular, analisando-se a qualidade de cada um como cidadão com capacidade de conduzir a sociedade e, em algumas situações, podem ser investidos no cargo através de nomeação (MARINELA, 2017); c) não se sujeitam às regras comuns aplicáveis aos servidores públicos em geral; d) detêm certas prerrogativas constitucionais, necessárias para o regular exercício de suas funções, que lhes concedem ampla liberdade para governar sem que haja temor de responsabilização conforme as regras comuns da culpa civil; e) em regra, não são hierarquizados, sujeitando-se apenas às regras constitucionais (ALEXANDRINO e PAULO, 2010).

Compreendido o conceito de agentes políticos, especificar-se-á quem eles são (DI PIETRO, 2016), de acordo com o que segue: Chefes dos Poderes Executivos federal, estadual e municipal (Presidente da República, governadores e prefeitos, respectivamente), Ministros e Secretários de Estado (auxiliares imediatos dos Chefes de Poder, únicos investidos no cargo através de nomeação por livre escolha) e membros do Poder Legislativo (senadores, deputados e vereadores).

Por fim, alguns autores, como Hely Lopes Meirelles e José Emmanuel Burle Filho (2016), entendem que os membros do Poder Judiciário (Magistrados em geral),

os membros do Ministério Público (Procuradores da República e da Justiça, Promotores e Curadores Públicos), os membros dos Tribunais de Contas (Ministros e Conselheiros), os representantes diplomáticos e as demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase judiciais, alheias ao quadro do serviço público, também são considerados agentes políticos. Porém, este não constitui o entendimento majoritário da doutrina haja vista que a caracterização desses agentes (políticos) decorre do fato de exercerem efetivamente função de comando, traçando os destinos do país, o que não ocorre com tais pessoas, razão pela qual são melhor classificadas como servidores públicos (CARVALHO FILHO, 2017).

Posto isso, comentar-se-á sobre a categoria dos militares e dos particulares em colaboração com o Poder Público.

3.1.2 Militares e particulares em colaboração com o Poder Público

As pessoas físicas prestadoras de serviços às Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica), às Polícias Militares e aos Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios são consideradas militares. Antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional 18/1998, essas pessoas eram chamadas de servidores militares, isto é, estavam encaixadas na categoria de servidores públicos (DI PIETRO, 2016). Porém, como os militares são submetidos a regras jurídicas diversas das que são aplicadas ao servidores civis estatutários, houve a necessidade de pertencerem a uma categoria própria. Vale dizer que os militares também estão ligados ao Estado por meio de um vínculo jurídico estatutário, isto é, seus direitos e obrigações decorrem de lei, não havendo qualquer outro tipo de pacto contratual com o Poder Público (ALEXANDRE e DEUS, 2017). Todavia, Di Pietro lembra que:

Esse regime é definido por legislação própria dos militares, que estabelece normas sobre ingresso, limites de idade, estabilidade, transferência para a inatividade, direitos, deveres, remuneração, prerrogativas (arts. 42, §1º, e 142, §3º, X, da Constituição) (2016, p. 660).

Portanto, os militares, devido ao fato de possuírem direitos e deveres específicos, que não são de importância a este trabalho, mas que os diferenciam dos demais servidores civis, formam uma classe própria dentro da classificação dos

agentes públicos, vinculando-se ao Estado para garantir a proteção, em todos os aspectos, do povo pertencente ao território nacional.

Já em relação à categoria dos particulares em colaboração com o Poder Público, esta abrange as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, exercendo função pública, sem vínculo de trabalho, com ou sem remuneração, em caráter temporário ou ocasional e sem perderem a essência de particular já que não integram a estrutura da Administração Pública (CARVALHO, 2017). Carvalho Filho os define da seguinte forma:

Como informa o próprio nome, tais agentes, embora sejam particulares, executam certas funções especiais que podem se qualificar como públicas, sempre como resultado do vínculo jurídico que os prende ao Estado. Alguns deles exercem verdadeiro *munus* público, ou seja, sujeitam-se a certos encargos em favor da coletividade a que pertencem, caracterizando-se, nesse caso, como transitórias as suas funções. Vários desses agentes, inclusive, não percebem remuneração, mas, em compensação, recebem benefícios colaterais, como o apostilamento da situação nos prontuários funcionais ou a concessão de um período de descanso remunerado após o cumprimento da tarefa (2017, p. 396).

Di Pietro (2016), também comentando sobre a classe dos particulares em colaboração com o Poder Público, ensina que essas pessoas podem exercer as funções que lhes são atribuídas sob diversos títulos, que compreendem:

a) delegação do Poder Público, na qual a função pública é realizada em nome da pessoa física que a exerce, sob fiscalização estatal, sendo a remuneração desses agentes paga pelos usuários do serviço prestado. É o caso dos empregados das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, daqueles que desempenham serviços notariais e de registro e dos leiloeiros, tradutores e intérpretes públicos;

b) requisição, nomeação ou designação para o exercício de funções públicas consideradas relevantes, mas que, em regra, não ensejam remuneração. São exemplos os jurados, os mesários, os convocados para prestação de serviço militar, os comissários de menores e os integrantes de grupos de trabalho ou de comissões;

c) gestão de negócios, quando, de forma espontânea, alguém assume certa função pública em razão de emergência, como em casos de incêndio, epidemia ou enchente. A atuação de médicos voluntários em hospitais públicos configura essa hipótese.

Sendo assim, verifica-se que os particulares que colaboram com o Poder Público não possuem qualquer vínculo trabalhista com o Estado, exercendo apenas função pública com o objetivo de prestar apoio a toda a coletividade, executando variadas atividades que auxiliam a Administração Pública a satisfazer os interesses e as necessidades sociais.

Visto isso, expor-se-á a categoria dos servidores públicos (em sentido amplo).

3.1.3 Servidores públicos (em sentido amplo)

Ainda conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016), as pessoas físicas que, através de vínculo empregatício e mediante remuneração, prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta são denominadas servidores públicos, em sentido amplo. Matheus Carvalho Ihes dá nomenclatura diversa, porém com definição no mesmo sentido:

Os servidores estatais, também chamados de Agentes Administrativos, têm vínculo com o Estado, no exercício da função administrativa. Estes servidores, normalmente, têm sua definição por critério de exclusão, compreendendo todos aqueles que possuem vínculo com a Administração Pública e que exercem função pública, não ostentando qualidade de agentes políticos ou particulares em colaboração com o ente público. Possuem vínculo de dependência e sua natureza de trabalho é não eventual, haja vista possuírem relação de trabalho de natureza profissional com os entes da Administração Pública, seja da Administração Direta, tais como União, Estados, Municípios e Distrito Federal, seja da Administração Indireta, como autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista (CARVALHO, 2017, p. 774).

Também, é válido observar que essas pessoas sujeitam-se à hierarquia funcional e ao regime jurídico estabelecido pelo ente federado ao qual pertencem, ocupando cargos públicos, empregos públicos ou funções públicas (ALEXANDRINO e PAULO, 2010). Complementam Meirelles e Burle Filho (2016) que tais servidores constituem a maioria dos prestadores de serviços à Administração Pública e

[...] não são membros de Poder de Estado, nem o representam, nem exercem atribuições políticas ou governamentais; são unicamente servidores públicos, com maior ou menor hierarquia, encargos e responsabilidades profissionais dentro do órgão ou da entidade a que servem, conforme o cargo, emprego ou a função em que estejam investidos. De acordo com a posição hierárquica que ocupam e as funções que lhes são cometidas, recebem a correspondente parcela de autoridade pública para o seu desempenho no plano administrativo, sem qualquer poder político (MEIRELLES e BURLE FILHO, 2016, p. 83-84).

Simplificando o entendimento sobre a categoria, Carvalho Filho dispõe que:

[...] os servidores públicos fazem do serviço público uma profissão, como regra de caráter definitivo, e se distinguem dos demais agentes públicos pelo fato de estarem ligados ao Estado por uma efetiva relação de trabalho. Na verdade, guardam em muitos pontos grande semelhança com os empregados das empresas privadas: tanto estes como os servidores públicos emprestam sua força de trabalho em troca de uma retribuição pecuniária, comumente por períodos mensais. Ambos são trabalhadores em sentido lato: executam suas tarefas em prol do empregador (público ou privado) e percebem, ao final do mês, sua remuneração (vencimentos, para os servidores, e salário, para os trabalhadores privados) (CARVALHO FILHO, 2017, p. 398).

Assim, pode-se verificar que, em sentido amplo, os servidores públicos são aqueles que se vinculam ao Estado para exercer, como forma de seu trabalho, as atividades inerentes aos cargos, empregos e funções públicas de que são titulares. Por isso, para melhor compreensão do assunto, faz-se necessária uma breve explicação sobre o que estes (cargos, empregos e funções públicas) representam.

3.1.3.1 Cargos, empregos e funções públicas

Com o fim de inteligência da divisão da categoria dos servidores públicos (em sentido amplo), que será abordada em item posterior, serão conceituados e diferenciados os cargos, empregos e funções públicas a seguir.

Régis Fernandes de Oliveira (2015) explica que cargo é uma unidade administrativa que comporta uma junção de atribuições a serem executadas pelo funcionário. Nas palavras de Medauar (2018, p. 270), “cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um servidor, criado por lei, em número certo, com denominação própria, remunerado pelos cofres públicos”.

Para Marinela (2017, p. 666), o cargo “[...] representa um lugar dentro da organização funcional da Administração Pública direta, autárquica e fundacional (um lugar na organização do serviço público)”. Como consequência disso, não há que se falar em cargos públicos nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista, embora sejam partes da Administração Indireta.

A Constituição Federal brasileira dispõe sobre o modo de serem criados os cargos públicos em cada esfera de Poder. Vejamos:

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, *b*.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos (BRASIL, 1988).

Assim, pode-se dizer que, no âmbito Executivo, os cargos são criados, extintos e transformados através de lei, havendo uma exceção que permite a sua extinção por decreto emanado pelo Presidente da República, no caso de estar vago.

Em relação à esfera Legislativa, a criação, extinção e transformação dos cargos se dá por meio de Resolução da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, conforme abaixo:

Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

IV - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

XIII - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias (BRASIL, 1988).

Quanto ao Poder Judiciário, também são criados e extintos cargos mediante lei, de acordo com o seguinte:

Art. 96. Compete privativamente:

II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

b) a criação e a extinção de cargos e 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 (BRASIL, 1988).

Visto isso, deve-se atentar ao fato de que os cargos públicos podem ser classificados em três tipos, em consonância com a forma de provimento, a saber: a) cargo político, cujo acesso ocorre através de processo eletivo para o exercício de funções específicas inerentes ao mandato, destinando-se aos ocupantes dos Poderes Legislativo e Executivo (exemplos: Presidente da República, deputados e senadores); b) cargo em comissão, destinado a livre provimento e exoneração de acordo com o exclusivo critério de confiança da autoridade competente para a nomeação, o que reflete em sua ocupação transitória apenas para exercício de

atribuições de direção, chefia e assessoramento (art. 37, V, CF); c) cargo efetivo, destinado ao provimento em caráter definitivo, devendo ser exercido, obrigatoriamente, por servidores concursados, havendo pressupostos de continuidade e de permanência desses agentes no desempenho das atribuições (OLIVEIRA, 2015).

Vale observar que importam ao presente estudo tais explicações pois os servidores titulares de cargos públicos são regidos pelo regime estatutário ou institucional, formando uma das divisões da categoria dos servidores públicos, em sentido amplo.

Já os empregos públicos são definidos como “núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista” (MELLO, 2009, p. 252).

A palavra emprego designa uma relação funcional de trabalho. Desta forma, também se vincula a ele um conjunto de atribuições e responsabilidades, sendo a diferença (em relação ao cargo) notada no regime adotado, visto que os empregados são submetidos a contrato de trabalho regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com o acréscimo de algumas normas de regime público devido à natureza da pessoa jurídica contratante, o Estado, além de, obviamente, serem garantidas as previsões constitucionais acerca da categoria de trabalhadores (art. 7º). No âmbito federal, os empregados públicos cumprem regras estipuladas na Lei 9.962/2000, sem que isso afaste a aplicação da CLT e da Constituição Federal (MARINELA, 2017).

Ademais, é oportuno mencionar que é precedida de concurso público a contratação de pessoal para o exercício das atividades inerentes aos empregos públicos, sendo que a criação e a extinção destes obedecem as mesmas disposições anteriormente narradas sobre os cargos públicos, tendo como regra o disciplinamento através de lei (OLIVEIRA, 2015).

E, também, útil é a verificação feita por Mello:

Nas pessoas de Direito Público (União, Estados, Municípios, Distrito Federal e em suas Administrações indiretas, as respectivas autarquias e fundações de Direito Público) tanto há servidores titulares de cargos quanto servidores ocupantes de empregos. Nas pessoas de Direito Privado da Administração indireta, isto é, nas empresas públicas e sociedades de economia mista e fundações governamentais de Direito Privado, só há empregos (MELLO, 2009, p. 252).

Assim, os esclarecimentos sobre os empregos públicos servirão de apoio para a compreensão de outra categoria dos servidores públicos, em sentido amplo.

Por fim, tem-se as funções públicas, que são conjuntos de atribuições e responsabilidades imputadas a um servidor, representando as variadas tarefas que ele desenvolve. A criação e a extinção dessas atividades se dá por meio de lei (MARINELA, 2017). Pode-se afirmar que todo cargo possui funções que lhe são inerentes. Todavia, aquele que ocupa uma função não tem, necessariamente, um cargo (OLIVEIRA, 2015).

Em regra, as funções públicas correspondem a encargos de direção, chefia ou assessoramento atribuídos a pessoas titulares de cargos efetivos, de confiança da autoridade nomeante (função de confiança). Por isso, assemelham-se aos cargos em comissão. Porém, com eles não se confundem já que estes podem ser preenchidos por quem seja estranho à carreira (MELLO, 2009). Válido é o comentário a seguir:

Função de confiança distingue-se de cargo em comissão pelo fato de aquela não titularizar cargo público. Demais disso, se função nada mais é que atribuição ou conjunto de atribuições inerentes a todos os servidores públicos, função de confiança é o plexo de atribuições conferidas a determinado funcionário de carreira em razão de vínculo existente entre o Chefe do Executivo e o titular de cargo efetivo (OLIVEIRA, 2015, p. 51).

Observe-se que a menção ao Chefe do Executivo deve ser entendida como exemplo, já que, nas demais esferas de Poder, também há funções de confiança.

Além disso, também existe a previsão de funções temporárias que objetivam suprir necessidades transitórias e excepcionais, normalmente urgentes, justificando a ausência de exigência de concurso público para a seleção de pessoas a exercê-las (art. 37, IX, CF).

Demonstradas as definições de cargos, empregos e funções públicas, verificar-se-á com mais propriedade a divisão da categoria dos servidores públicos, em sentido amplo.

3.1.3.2 Servidores estatutários, empregados públicos e servidores temporários

Em continuidade, Di Pietro (2016) divide os servidores públicos em servidores estatutários, empregados públicos e servidores temporários, subcategorias que serão abordadas com detalhes a seguir.

Os servidores estatutários são aqueles que ocupam cargos públicos de provimento efetivo ou comissionado, submetendo-se a um regime jurídico de caráter legal, denominado estatutário, isto é, o vínculo de trabalho existente entre o Estado e a pessoa física não é estabelecido mediante contrato, mas decorrente de lei (ALEXANDRINO e PAULO, 2010).

Em sendo assim, como cada uma das unidades da federação define o conteúdo do estatuto de seus servidores, desde que resguardados os direitos adquiridos por estes, podem existir modificações unilaterais na legislação que os regula. Porém, considerando que, após serem nomeadas para o cargo, no ato da posse, essas pessoas ingressam numa situação jurídica pré-definida, mesmo que haja aquiescência da Administração Pública e do servidor, não é possível a alteração das normas vigentes através de pacto contratual, visto que são de ordem pública, cogentes e inderrogáveis pelas partes (DI PIETRO, 2016).

Comentando sobre o regime estatutário, Medauar explana que:

[...] é aquele em que os direitos, deveres e demais aspectos da vida funcional do servidor estão contidos basicamente numa lei denominada Estatuto. O Estatuto pode ser alterado no decorrer da vida funcional do servidor, independentemente da sua anuência, ressalvados os direitos adquiridos; o servidor não tem direito a que seja mantido o Estatuto que existia no momento de seu ingresso nos quadros da Administração. O Estatuto rege a vida funcional dos ocupantes de cargos efetivos e vem regendo a vida funcional de ocupantes de cargo em comissão, quanto a estes, no que for compatível com esse tipo de cargo. No entanto, tornou-se comum associar regime estatutário a servidores ocupantes de cargo efetivo, para significar que, nesse regime, todos os servidores detêm cargos efetivos. Em alguns casos, certas normas do Estatuto são aplicadas a servidores com outro tipo de vínculo, em decorrência de previsão legal explícita ou de orientação administrativa (MEDAUAR, 2018, p. 275).

Alexandre Mazza (2016) leciona que a contratação de pessoal pela Administração Direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), bem como pelas suas autarquias e fundações públicas (pessoas jurídicas integrantes da Administração Indireta), normalmente se dá através do regime estatutário, sendo a

seleção realizada mediante concurso público para a ocupação de cargos públicos, adquirindo-se estabilidade após o período de estágio probatório. Esta (a estabilidade) é a principal vantagem atribuída aos servidores estatutários, consistente na impossibilidade de perda do cargo, salvo nas hipóteses previstas na Constituição Federal. Pode-se dizer que o regime de cargo foi criado para que os agentes públicos pudessem exercer suas funções com a maior estabilidade possível, protegendo-os de influências partidárias e políticas ocasionadas pelas frequentes mudanças na cúpula diretiva do Estado (MAZZA, 2016).

Ademais, Di Pietro ressalta que:

Algumas categorias se enquadrarão necessariamente como servidores estatutários, ocupantes de cargos e sob regime estatutário, estabelecido por leis próprias: trata-se dos membros da Magistratura, do Ministério Público, do Tribunal de Contas, da Advocacia Pública e da Defensoria Pública. Embora exerçam atribuições constitucionais, fazem-no mediante vínculo empregatício com o Estado, ocupam cargos públicos criados por lei e submetem-se a regime estatutário próprio estabelecido pelas respectivas leis orgânicas. Além disso, também ocupam necessariamente cargos públicos, sob regime estatutário, os servidores que “desenvolvam atividades exclusivas de Estado”; isto porque o artigo 247 da Constituição, acrescentado pelo artigo 32 da Emenda Constitucional nº 19/98, exige sejam fixados, por lei, “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”. Ainda não foram definidas as carreiras de Estado, mas, com certeza, pode-se afirmar que abrangem, além dos membros da Magistratura, Ministério Público, Tribunal de Contas, Advocacia Pública e Defensoria Pública (os quais exercem atribuições constitucionais), os servidores que atuam nas áreas de polícia civil ou militar, controle, fiscalização, diplomacia e regulação (DI PIETRO, 2016, p. 658 – 659).

Sendo assim, verifica-se que os servidores estatutários ocupam cargos públicos e estão ligados ao Estado por meio de lei específica, denominada Estatuto. É o regime mais vantajoso e protetivo para a admissão de pessoal, visto que traz várias garantias ao servidor, como a estabilidade no cargo ocupado, razão pela qual é adotado em quase todas as pessoas jurídicas da Administração Direta, incluindo suas autarquias e fundações públicas, além de ser o regime dos membros da Magistratura, do Ministério Público, do Tribunal de Contas, da Advocacia Pública e da Defensoria Pública.

Posto isso, é necessária a compreensão sobre o conceito de empregados públicos.

Os empregados públicos, também denominados servidores celetistas, são aqueles que ocupam empregos públicos, mediante celebração de contrato de

trabalho com o Estado após aprovação em concurso público. Sujeitam-se a regime jurídico regido pelas leis trabalhistas, principalmente pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (ALEXANDRINO e PAULO, 2010).

De acordo com a Lei Maior, todos aqueles que trabalham nas empresas públicas e sociedades de economia mista (partes da Administração Indireta) são detentores de emprego público, haja vista que devem se submeter ao mesmo regime jurídico das empresas privadas, que utilizam a CLT como base para a elaboração de contratos de trabalho para admissão de empregados:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários (BRASIL, 1988).

Também, em decorrência da não adoção do regime jurídico único estatutário, existem pessoas contratadas sob regime de emprego público na Administração Direta, autarquias e fundações públicas. Todavia, considerando que o empregador é o ente estatal, certas disposições estatutárias são aplicadas aos celetistas, tais como limite de remuneração (CF, art. 37, XI), proibição de acumulação remunerada de outro emprego, cargo ou função (CF, art. 37, XVII), dentre outras (MEDAUAR, 2018).

Como complemento, Di Pietro ensina que os empregados públicos:

[...] são contratados sob regime da legislação trabalhista, que é aplicável com as alterações decorrentes da Constituição Federal; não podem Estados e Municípios derrogar outras normas da legislação trabalhista, já que não têm competência para legislar sobre Direito do Trabalho, reservada privativamente à União (art. 22, I, da Constituição). Embora sujeitos à CLT, submetem-se a todas as normas constitucionais referentes a requisitos para a investidura, acumulação de cargos, vencimentos, entre outras previstas no Capítulo VII, do Título III, da Constituição (DI PIETRO, 2016, p. 655 – 656).

Ainda, pode-se afirmar que o regime de emprego público traz menos proteção ao servidor que o regime estatutário de cargo público. Isso porque, embora os empregados sejam admitidos após aprovação em concurso público, não possuem a

estabilidade típica do regime estatutário, além de não adquirirem tantas outras benesses que os servidores estatutários têm (MAZZA, 2016).

Não obstante a isso, o regime de emprego público não é em tudo menos favorável que o regime estatutário: enquanto neste, como já dito, são possíveis alterações unilaterais dos direitos e deveres do servidor pelo Poder Público, naquele é celebrado contrato que, apesar de ser de adesão, representa um vínculo bilateral com o Estado, isto é, não pode ser modificado unilateralmente sem que haja concordância de ambas as partes (OLIVEIRA, 2015).

Portanto, os empregados públicos são as pessoas vinculadas ao Estado através da celebração de contrato para a ocupação de emprego público e desempenho das atividades a ele inerentes. O pacto contratual é regido, em regra, pela Consolidação das Leis do Trabalho e não assegura ao servidor celetista as mesmas vantagens que possuem os servidores estatutários, a exemplo da estabilidade. O regime de emprego é adotado obrigatoriamente pelas pessoas jurídicas de direito privado da Administração Indireta (empresas públicas e sociedades de economia mista), também sendo utilizado, embora com menor frequência, pela Administração Direta, autarquias e fundações públicas.

E, por fim, serão conceituados os servidores temporários.

Dispõe a Constituição Federal que:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (BRASIL, 1988).

Pode-se dizer que os servidores temporários são as pessoas contratadas por tempo determinado para suprir uma necessidade de excepcional interesse público. Exercem, temporariamente, uma função pública remunerada, porém não possuem cargo ou emprego público. O vínculo funcional estabelecido com a Administração Pública é contratual; todavia, tal pacto não é regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, visto que se trata de um contrato de direito público, de caráter jurídico-administrativo, e não trabalhista. Por conta disso, os servidores temporários também são considerados estatutários, mas seu regime jurídico é estabelecido no seu

próprio estatuto de regência, criado por lei, que o distingue do estatuto que disciplina os ocupantes de cargos públicos (ALEXANDRINO e PAULO, 2010).

Por conta dessas nuances, verifica-se que os servidores temporários são regidos por um regime especial. Este regime, como dito, deve ser estabelecido em lei, editada pela pessoa federativa que pretende contratar pessoal nessa condição de temporariedade. Assim, não é possível que um ente federativo os admita sem prévia criação de lei reguladora com vigência em seu âmbito territorial, não se admitindo também que um ente utilize a norma criada por outro para fundamentar a contratação desses servidores temporários. Entretanto, caso a Administração Pública assim o faça, estará celebrando, de forma dissimulada, mero contrato de trabalho, sob vínculo trabalhista, temporário ou permanente (CARVALHO FILHO, 2017).

Ainda, é importante observar que, além de ser obrigatória a determinação do prazo de vigência do contrato a ser celebrado com os servidores temporários, a função que estes exercerão não poderá ser de necessidade permanente, pois, se assim for, o recrutamento deverá ser realizado através dos demais regimes existentes (trabalhista ou estatutário), reservando-se aos servidores temporários, portanto, apenas serviços que sejam de necessidade temporária. Há, contudo, uma exceção que legitima a contratação temporária para a realização de tarefas permanentes, que é a comprovação, pela Administração Pública, de que a situação é emergencial e transitória, com previsão de ser superada posteriormente. Em todos os casos, deve ser atendido o requisito de contratação em razão de excepcional interesse público, isto é, situações corriqueiras na atividade administrativa não ensejarão a convocação desses servidores (CARVALHO FILHO, 2017).

Válida é a menção de que, no âmbito federal, foi promulgada, em nove de dezembro de mil novecentos e noventa e três, a Lei nº 8.745, que dispõe sobre o assunto, disciplinando, inclusive, o que é necessidade temporária de excepcional interesse público. São exemplos: assistência a situações de calamidade pública, assistência a emergências em saúde pública, realização de recenseamentos e outras pesquisas de natureza estatística efetuadas pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, admissão de professor substituto e professor visitante, admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro, dentre outros (BRASIL, 1993).

Desta forma, os servidores temporários são aqueles que exercem uma função pública durante certo período de tempo para suprir uma necessidade transitória de excepcional interesse público. São conduzidos por lei específica editada pelo ente federativo que deseja fazer a contratação, submetendo-se a um regime especial, não celetista, mas de caráter contratual, regido pelas normas de direito administrativo.

Ante o exposto, foi possível analisar todas as divisões compreendidas dentro da categoria dos servidores públicos, em sentido amplo, de acordo com a classificação proposta por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Agora, será imprescindível a compreensão dos fatores que levam à escolha do regime adotado pela Administração Pública para disciplinar a vida funcional de seus agentes efetivos, assunto que será melhor abordado no tópico seguinte.

3.1.3.3 Regime jurídico ideal para reger os servidores públicos

Cumprе ressaltar, antes de se demonstrar qual o melhor regime jurídico (estatutário ou celetista) para disciplinar os servidores públicos, que a análise a ser feita recairá apenas sobre os órgãos da Administração Direta, assim como suas autarquias e fundações públicas, já que, como mencionado anteriormente, as empresas públicas e as sociedades de economia mista devem ser regidas sempre pelo regime de emprego público, nos termos da Constituição Federal, art. 173, §1º, II.

A Lei Maior, em sua redação original, trouxe a seguinte normativa no *caput* do 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” (BRASIL, 1988). Em consequência do disposto, uma imposição foi feita à Administração Direta, suas autarquias e fundações públicas, qual seja, a obrigação de adoção de um regime jurídico único para disciplinar a vida funcional dos servidores que ingressam no funcionalismo público.

Carvalho (2017) explica que, em decorrência do regime jurídico único, não era cabível, simultaneamente, a nomeação para assunção de cargos públicos estatutários e a contratação de empregados, regidos pela CLT, pelos entes de direito público, tanto da Administração Direta quanto da Indireta. Desta forma,

grande parte dos entes federativos adotou o regime estatutário para regulamentar a relação do Estado com seus servidores, inclusive a União Federal, que editou a Lei 8.112/1990 para estampar esse entendimento. Todavia, embora o regime estatutário fosse preponderante nos âmbitos federal e estadual, vários municípios optaram pela aplicação do regime de emprego, contratando empregados sob as normas celetistas (CARVALHO, 2017).

Alexandre e Deus ponderam que:

Tal dispositivo gerou muita polêmica à época, pois alguns tinham o entendimento de que o regime jurídico único só poderia ser o estatutário, enquanto havia outros que defendiam que o ente federativo poderia eleger o regime que lhe fosse mais adequado, desde que fosse o único. Na prática, alguns entes adotavam o regime único estatutário (a exemplo da União) e outros (principalmente Municípios), o regime único celetista (ALEXANDRE e DEUS, 2017, p. 151).

Porém, com o advento da Emenda Constitucional 19/1998, essa restrição quanto à existência de um único regime jurídico em cada ente federativo foi superada, passando o *caput* do art. 39 a vigorar da seguinte forma: “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” (BRASIL, 1998). Como se pode observar, foi suprimida do Texto Constitucional a exigência de adoção de um regime jurídico único. Assim, como consectário lógico, permitiu-se a aplicação dos dois regimes concomitantemente, estatutário e celetista (ou legal ou contratual), o que possibilitou a existência de regimes múltiplos no mesmo ente, de acordo com sua discricionariedade administrativa, isto é, a duplicidade de regimes era uma opção, e não uma obrigação. Vale lembrar que a escolha do(s) regime(s) estava atrelada à edição de lei que previsse a criação de cargos e/ou empregos para a pessoa jurídica e, a partir daí, poderia ser definido se os servidores seriam regidos pelo estatuto e/ou pela CLT (MARINELA, 2017).

Carvalho Filho, ao mencionar a mudança ocasionada pela EC 19/1998, que implantou a reforma administrativa do Estado, dispõe o seguinte:

[...] O efeito da alteração foi o de permitir que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios pudessem recrutar servidores sob mais de um regime jurídico. Desse modo, tornou-se possível, por exemplo, que um Estado tenha um grupo de servidores estatutários e outro de servidores trabalhistas, desde que, é claro, seja a organização funcional estabelecida

em lei. O mesmo foi permitido para as demais pessoas federativas. [...] Nada impediria, é claro, que a entidade política adotasse apenas um regime funcional em seu quadro, mas, se o fizesse, não seria por imposição constitucional, e sim por opção administrativa, feita em decorrência de avaliação de conveniência, para melhor atender a suas peculiaridades. A qualquer momento, no entanto, poderia modificar a estratégia inicial e instituir regime funcional paralelo, desde que, logicamente, o novo sistema seja previsto em lei (CARVALHO FILHO, 2017, p. 405).

Com isso, é oportuno salientar que, caso o ente federativo optasse pelo uso dos dois regimes jurídicos, estes não recairiam sobre o mesmo servidor, ou seja, cada servidor seria disciplinado por apenas um regime, sendo permitido apenas que grupos distintos de servidores fossem regidos por regimes diferentes, isto é, alguns possuísem vínculo estatutário e outros, celetista.

Contudo, em que pese essa alteração trazida pela EC 19/1998, a modificação do *caput* do artigo 39 foi objeto de impugnação por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (ADIn 2.135/DF). Em suma, discutia-se a existência de vício formal na tramitação da Emenda Constitucional, já que, aparentemente, a proposta de alteração do *caput* do artigo 39 não fora aprovada pela maioria qualificada (correspondente a três quintos dos parlamentares) da Câmara dos Deputados, em primeiro turno, conforme determina o artigo 60, §2º da Constituição Federal. Por conta disso, em dois de agosto de dois mil e sete, o STF deferiu medida cautelar para suspender a vigência do artigo 39, *caput*, da CF, em sua redação dada pela EC 19/1998. Consequentemente, retornou-se a aplicação da redação original do artigo 39, no qual há a exigência de regime jurídico único para os servidores da Administração Direta, autarquias e fundações públicas. Todavia, é importante frisar que a decisão foi proferida com efeito *ex nunc*, portanto, vigorando a partir da data da decisão e, quanto às situações consolidadas na vigência da redação dada pela EC 19/1998, não foram realizadas alterações, respeitando-se os regimes adotados até que se tenha o julgamento final do mérito (DI PIETRO, 2016).

Em sendo assim, como novamente foi imposta aos entes de direito público das Administrações Direta e Indireta a escolha de apenas um regime jurídico para disciplinar a vida funcional de seus servidores, é necessário entender qual o regime ideal para tanto e por que a doutrina assim o considera.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, prevalece o entendimento de que o regime estatutário deve ser preferencialmente adotado para

reger a relação estatal com seus agentes na execução de atividades públicas. Isso porque o modelo traz mais garantias aos servidores, tais como a estabilidade, o regime especial de aposentadoria, o direito à reintegração e à disponibilidade remunerada, dentre outros, todos objetivando gerar uma maior independência na prestação do serviço público (CARVALHO, 2017).

Nesse sentido, Marinela complementa que:

Esses direitos garantem aos servidores maior segurança e conforto para o exercício de suas funções, o que representa, ao menos na teoria, uma maior eficiência, moralidade e impessoalidade nos serviços públicos. Acredita-se que, se o servidor estiver seguro, satisfeito e feliz, ele não vai se submeter aos esquemas de corrupção, fraude e também não terá medo de perder o cargo quando tomar as suas decisões em busca do interesse público, prejudicando os interesses de alguns administradores corruptos (MARINELA, 2017, p. 659).

Pode-se dizer, então, que o regime estatutário é o mais indicado para disciplinar a atuação dos servidores públicos, pois as proteções que dele decorrem visam garantir que os agentes possam exercer suas funções em nome do Estado de forma imaculada, isto é, que não sejam corrompidos por influências externas, principalmente políticas. Por isso, afirma-se que o estatuto é ideal para reger a relação existente entre a Administração e os servidores públicos, já que os reflexos das suas disposições resguardam tanto o agente, quanto a máquina pública e todas as pessoas beneficiárias da atividade exercida.

Mello (2009, p. 258) reforça que “tais proteções representam, na esfera administrativa, função correspondente à das imunidades parlamentares na órbita legislativa e dos predicamentos da Magistratura, no âmbito jurisdicional”. Justificam-se, desta maneira, as ditas vantagens que os estatutários possuem, que nada mais representam do que a busca pelo resguardo de suas atividades, de modo que sempre as realizem almejando atender aos interesses dos administrados, ou seja, do povo.

Com essas considerações, a opção pelo regime trabalhista deve permanecer em segundo plano, sendo uma exceção adotada em apenas certas situações. Parte da doutrina o admite para reger os seguintes casos: funções subalternas e que não exijam qualificação especializada (tais como serventes, motoristas, jardineiros, entre outras que não gerem riscos à impessoalidade que deve possuir a ação estatal), contratações temporárias, remanescentes do regime anterior e agentes comunitários

de saúde e combate às endemias (MARINELA, 2017). E, também, há outra circunstância que embasa a adoção do regime contratual: quando a entidade não tenha possibilidade orçamentária para criar um plano de cargos e salários sob o manto estatutário, situação bem recorrente em determinados municípios brasileiros (CARVALHO, 2017).

Visto isso, conclui-se que o regime estatutário deve prevalecer sobre o regime celetista já que o vínculo jurídico estabelecido entre a Administração e seus agentes vai além de questões meramente trabalhistas, absorvendo interesses públicos básicos, pois os servidores representam os meios pelos quais o Estado atua para satisfazer ao interesse coletivo. Portanto, certas garantias inerentes apenas aos estatutos, como a estabilidade, são indispensáveis a boa execução da atividade administrativa, em que pese o fato de essas restrições impostas à Administração Pública a colocarem em uma situação de certa impotência diante de alguns abusos praticados pelos seus agentes – assunto que será detalhado posteriormente.

Em continuidade, após serem abordados vários aspectos relativos aos servidores públicos, bem como aos seus possíveis regimes jurídicos, é importante o entendimento de como é feita a escolha do pessoal que representará o Estado através do exercício de funções atinentes aos cargos ou empregos públicos.

3.2 Ingresso dos servidores no funcionalismo público

Para que um cargo ou um emprego público seja ocupado por alguém, é preciso que a Administração Pública, em consonância com os princípios da impessoalidade, da igualdade, da moralidade, dentre outros, o torne disponível a todos os interessados, independentemente de serem brasileiros ou estrangeiros, desde que atendidos os requisitos legais para o preenchimento da vaga. Em decorrência disso, idealiza-se o concurso público para a seleção daqueles que estabelecerão vínculo profissional com o Estado, já que há mais concorrentes do que cargos ou empregos públicos ofertados. Segundo Oliveira:

Para a investidura em cargo ou emprego público é necessária uma seleção de candidatos capaz de afastar o arbítrio imoral da escolha determinada por interesses pessoais ou políticos. O respeito aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da legalidade, dentre outros, garante aos aspirantes a oportunidade de ocupar esses lugares em razão de seus próprios méritos, o que é feito através de concursos públicos de provas ou de provas e títulos. Ao mesmo tempo em que a Administração garante a aquisição dos

melhores funcionários, o concurso possibilita a qualquer candidato que preencha os requisitos objetivos para o lugar pretendido a certeza de que sua aprovação depende unicamente dele próprio, sem a influência nefasta de ideologias e interesses (OLIVEIRA, 2015, p. 48).

Assim, o concurso público é um instrumento utilizado para oferecer garantias a todos os interessados em sua realização: à Administração, assegura-se o recrutamento das pessoas mais qualificadas, pois obtiveram desempenhos mais satisfatórios na avaliação proposta; aos candidatos, garante-se um procedimento seletivo igualitário no qual apenas os seus conhecimentos poderão ensejar uma excelente classificação, visto que os critérios avaliativos serão pautados apenas na aplicação de provas, sendo que em alguns casos haverá também o acréscimo de pontos por conta de títulos, mas, de qualquer forma, não há espaço para indicações baseadas em amizade ou política; e, à sociedade em geral, assevera-se a eficiência na prestação do serviço público, consequência imediata da nomeação ou contratação daqueles que se demonstrarem mais preparados para a assunção do cargo ou emprego público.

Ratificando o exposto e acrescentando novas informações, estabelece a Carta Magna que:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - 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;

II - 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;

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

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;

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 (BRASIL, 1988).

Em observância aos incisos supracitados, verifica-se que a realização de concurso público sempre será obrigatória quando cargos ou empregos públicos, de provimento efetivo, necessitarem ser preenchidos.

Ainda, ao se analisar o Texto Constitucional, percebe-se que houve omissão quanto à necessidade de concurso público para o exercício de funções públicas. Di Pietro (2016) explica que estas somente existirão nos casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público e nas situações de funções de confiança, de livre provimento e exoneração.

Em relação à hipótese de contratação por tempo determinado, não seria lógica a exigência de realização de concurso público, pois a demora deste tipo de procedimento é incompatível com a natureza excepcional da função a ser exercida. No âmbito federal, a Lei 8.745/93, que dispõe sobre esse tipo de contratação, no artigo 3º, traz a seguinte regra: “o recrutamento do pessoal a ser contratado, nos termos desta Lei, será feito mediante processo seletivo simplificado sujeito a ampla divulgação, inclusive através do Diário Oficial da União, prescindindo de concurso público” (BRASIL, 1993). Importante lembrar que há casos em que até o processo seletivo simplificado é dispensado pela própria lei federal, já que iria de encontro à urgência que possui a Administração Pública na admissão. Ademais, ressalte-se que cada ente federativo deve disciplinar, através de lei, a contratação temporária em seu âmbito, dispondo também sobre a forma de contratação desses agentes (DI PIETRO, 2016).

Quanto às funções de confiança, mais simples é o entendimento que de não deve ser realizado concurso público para que alguém possa exercê-la, já que são restritas aos servidores ocupantes de cargo efetivo, ou seja, somente aqueles que já integram a carreira, depois de aprovados em concurso público para tanto, poderão possuir tais atribuições de confiança, destinadas exclusivamente à direção, chefia e assessoramento (DI PIETRO, 2016).

E, no que se refere aos cargos em comissão, considerando que seus ocupantes são escolhidos e exonerados livremente pela autoridade nomeante, dispensa-se a exigência da realização do certame, já que a nomeação é baseada em critérios pessoais de confiança da autoridade política, prescindindo, inclusive, que a pessoa nomeada faça parte do quadro funcional da Administração Pública (ALEXANDRINO e PAULO, 2010).

Após todas as ponderações realizadas, conclui-se que o concurso público é o meio utilizado para a escolha daqueles que ocuparão cargos ou empregos públicos efetivos, sendo de suma importância o seu uso para que, de maneira justa, o Estado estabeleça vínculos profissionais com as pessoas mais preparadas para servir à sociedade.

Finalmente, em atenção a todos os comentários dispensados, fato é que, ingressando no quadro funcional da Administração Pública, os servidores adquirem direitos e obrigações, de acordo com o regime jurídico que os disciplina. A estabilidade e seus consectários legais representam uma das principais vantagens que determinados agentes públicos podem possuir. Por isso, no próximo capítulo, serão abordados os aspectos inerentes a esta garantia, que é o principal foco de estudo deste trabalho.

4 O DIREITO À ESTABILIDADE E SEUS CONSEQUÊNCIAS LEGAIS

No presente capítulo, serão demonstrados o conceito de estabilidade e o histórico da garantia no Brasil, os requisitos necessários para adquiri-la e as consequências jurídicas decorrentes do direito.

4.1 Conceito e breve histórico da garantia no Brasil

A estabilidade é uma garantia atribuída a certos servidores públicos que atendam a condições constitucionalmente estabelecidas.

Di Pietro (2015) ensina que o direito será assegurado ao servidor que cumprir, dentre outros, o requisito de tempo de serviço exigido para esse fim, sendo que, após, o vínculo jurídico formado com o Poder Público somente se romperá nas hipóteses fixadas na Lei Maior.

Assim, àqueles que adquirirem estabilidade, garante-se a permanência no serviço público, de forma que o servidor somente será desligado do funcionalismo nos casos previstos na Constituição Federal ou mediante sua livre solicitação. Ressalte-se que, como dito, a estabilidade se dá no serviço público, e não no cargo ocupado, já que este poderá ser extinto ou declarado desnecessário, por exemplo, casos em que o servidor só será vinculado a uma nova atividade de mesma natureza daquela que exercia quando ingressou nos quadros da Administração Pública, pois foi para este trabalho que se habilitou ao ser aprovado em concurso público (MARINELA, 2017).

Diz-se que o servidor público estável detém vantagens em relação aos demais agentes públicos e privados. E isso, de uma certa maneira, é vero. Não obstante, deve-se compreender os motivos que levaram o legislador a criar tal instituto, para que se possa verificar a sua finalidade e, assim, ulteriormente, debater os seus benefícios e malefícios para o funcionamento da máquina pública.

As pessoas que fazem do exercício de uma função pública a sua profissão carregam a grande responsabilidade de servir à sociedade. Considerando a indesejada, mas forte influência externa, principalmente política, que sofre a gestão pública, torna-se necessária a criação de um instituto que proteja as ações dos

servidores que desempenham atividades estatais, para que possam agir de acordo com a lei, visando o bem comum, sem que haja o temor de eventuais represálias.

Comentando sobre a inserção da garantia de permanência no serviço público nas Constituições brasileiras, Meirelles e Burle Filho ensinam que:

[...] a estabilidade tinha por fim garantir o servidor público contra exonerações, de sorte a assegurar a continuidade do serviço, a propiciar um melhor exercício de suas funções e, também, a obstar aos efeitos decorrentes da mudança do Governo. De fato, quase como regra, a cada alternância do poder partidário o partido que assumia o Governo dispensava os servidores do outro, quer para admitir outros do respectivo partido, quer por perseguição política (MEIRELLES e BURLE FILHO, 2016, p. 554).

Deste modo, a existência de servidores estáveis na Administração Pública objetiva o bom desempenho das atividades que lhe são inerentes, de forma que seus agentes sejam capacitados, com o transcurso do tempo, a executar com eficiência suas atribuições, garantindo-se, conseqüentemente, melhorias contínuas no serviço público.

Apesar da existência da Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, e da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, a estabilidade foi disciplinada pela primeira vez na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. O artigo 169 do referido diploma estabelecia que:

Art. 169 – Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e, no qual lhes será assegurada plena defesa.

Parágrafo único – Os funcionários que contarem menos de dez anos de serviço efetivo não poderão ser destituídos dos seus cargos, senão por justa causa ou motivo de interesse público (BRASIL, 1934).

Em sentido semelhante dispôs o artigo 156, c, da Constituição de 10 de novembro de 1937:

Art. 156 – O Poder Legislativo organizará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo aos seguintes preceitos desde já em vigor: [...]

c) os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em todos os casos, depois de dez anos de exercício, só poderão ser exonerados em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, em que sejam ouvidos e possam defender-se (BRASIL, 1937).

Já a Constituição de 18 de setembro de 1946 inovou em dois aspectos: diminuiu o tempo de serviço necessário para que os servidores que não se submeteram ao procedimento de concurso público adquirissem a estabilidade e vedou a fruição do benefício pelos ocupantes de cargo de confiança ou de livre nomeação e demissão. Esse é o teor dos artigos 188 e 189, abaixo transcritos:

Art. 188 – São estáveis:

I - depois de dois anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados por concurso;

II - depois de cinco anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados sem concurso.

Parágrafo único – O disposto neste artigo não se aplica aos cargos de confiança nem aos que a lei declare de livre nomeação e demissão.

Art. 189 – Os funcionários públicos perderão o cargo:

I - quando vitalícios, somente em virtude de sentença judiciária;

II - quando estáveis, no caso do número anterior, no de se extinguir o cargo ou no de serem demitidos mediante processo administrativo em que se lhes tenha assegurado ampla defesa (BRASIL, 1946).

Revolucionária, todavia, mostrou-se a Constituição de 24 de janeiro de 1967 ao estabelecer que a estabilidade somente seria atribuída ao servidor que ingressasse no funcionalismo mediante prévia aprovação em concurso público. Excluiu-se, assim, a possibilidade de aquisição da vantagem em decorrência de mero transcurso de tempo no exercício da função, com exceção prevista apenas para garantir o direito daqueles que, à data da promulgação da Constituição, já possuísem cinco anos de serviço público ou tivessem amparo em lei anterior para lograr a garantia. Corroboram o exposto os artigos 99, §1º, 103 e 177, §2º, daquele Texto Constitucional, conforme seguem:

Art. 99 – São estáveis, após dois anos, os funcionários, quando nomeados por concurso.

§ 1º – Ninguém pode ser efetivado ou adquirir estabilidade, como funcionário, se não prestar concurso público. [...]

Art. 103 – A demissão somente será aplicada ao funcionário:

I - vitalício, em virtude de sentença judiciária;

II - estável, na hipótese do número anterior, ou mediante processo administrativo, em que se lhe tenha assegurado ampla defesa. [...]

Art. 177 – Fica assegurada a vitaliciedade aos Professores catedráticos e titulares de Ofício de Justiça nomeados até a vigência desta Constituição, assim como a estabilidade de funcionários já amparados pela legislação anterior. [...]

§ 2º - São estáveis os atuais servidores da União, dos Estados e dos Municípios, da Administração centralizada ou autárquica, que, à data da promulgação desta Constituição, contem, pelo menos, cinco anos de serviço público (BRASIL, 1967).

Com o advento da atual Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, o legislador manteve as mesmas disposições quanto à estabilidade existentes na Carta anterior, como se observa da leitura do artigo 41 e do artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT):

Art. 41. São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público.

§ 1º – O servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa. [...]

Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público. [...]

§ 2º – O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do "caput" deste artigo, exceto se se tratar de servidor (BRASIL, 1988).

Por fim, o artigo 41 da Constituição Federal foi transformado pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, que implantou a Reforma Administrativa na Administração Pública, com vistas ao atendimento de dois objetivos básicos: efetivar o princípio da eficiência na máquina pública e reduzir os gastos com os servidores públicos (MEIRELLES e BURLE FILHO, 2016). Com isso, o *caput* do mencionado artigo passou a dispor que “são estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público” (BRASIL, 1998), sendo este o conteúdo vigente nos dias de hoje sobre o assunto.

Assim, ante a alteração de vários aspectos do instituto, no item seguinte serão abordados todos os requisitos necessários para que o servidor público possa adquirir a estabilidade no serviço público.

4.2 Requisitos para aquisição da estabilidade

Em suma, ensejam a estabilidade o cumprimento de quatro requisitos: nomeação para cargo de provimento efetivo; nomeação em virtude de concurso público; estágio probatório; e aprovação em avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade (MEIRELLES e BURLE FILHO, 2016).

Logo, o servidor público que preencher essas condições poderá gozar do benefício, incluindo todas as suas consequências jurídicas.

Portanto, para melhor entendimento da normatização sobre a garantia, cada exigência constitucional será explicada separadamente abaixo.

4.2.1 Nomeação para cargo de provimento efetivo

Considerando as alterações sofridas pela atual Constituição Federal desde a sua entrada em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, com o fim de que se possa compreender quais pessoas possuem direito à aquisição de estabilidade, serão explanadas a seguir as regras contidas no texto original da Suprema Lei.

De acordo com exposições anteriormente realizadas, independentemente do regime jurídico adotado para reger a relação estatal com seus agentes, se estatutário ou celetista, somente mediante aprovação em concurso público alguém pode se tornar servidor público, ingressando nos quadros da Administração Pública (art. 37, II, CF).

Ainda, como citado alhures, com a promulgação do Texto Constitucional em 1988, a estabilidade fora atribuída aos servidores nomeados em virtude de concurso público, após certo tempo de serviço.

Ressalte-se, também, que, embora o artigo 39 da Carta Magna estabeleça a adoção de um regime jurídico único para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas, lembram Alexandre e Deus (2017) que parte da doutrina sempre defendeu como possível a utilização do regime celetista nestes âmbitos, contanto que tal regime fosse único.

Com isso, pode-se dizer que a estabilidade seria um direito inerente aos servidores públicos ocupantes de cargos ou empregos públicos, desde que atendido o requisito de dois anos de efetivo exercício exigido à época. Nesse sentido, adotando a tese de que a garantia decorre da aplicação direta do artigo 41 da Constituição Federal, não sendo exclusividade do regime estatutário, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou a Súmula 390, cujo teor abaixo se reproduz:

ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL.

- I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.
- II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988 (BRASIL, 2005).

Ademais, vale lembrar, conforme mencionado no entendimento do TST estampado acima, que os empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista não fazem jus ao benefício (da estabilidade) visto que devem ser regidos pelo regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos trabalhistas (art. 173, §1º, II, CF), não sendo este condizente com a garantia de permanência no serviço público.

Além disso, deve-se observar que, ao entrar em vigor, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma estabilidade extraordinária no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Garantiu-se, com isso, aos servidores civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração pública direta, autárquica e fundacional, que não tivessem sido aprovados em concurso público para ingressarem no funcionalismo, mas contassem com cinco anos de efetivo exercício na data de promulgação da Lei Maior, a estabilidade. Observa-se, contudo, que tal exceção não foi estendida àqueles que ocupassem, exclusivamente, cargos, funções e empregos de confiança, em comissão ou declarados em lei de livre nomeação e exoneração (§2º), já que são temporais, isto é, variam de acordo com a vontade e o interesse da autoridade nomeante. Matheus Carvalho expõe que:

[...] a estabilidade poderá ser adquirida por aqueles agentes que, mesmo sem aprovação em concurso público, tenham ingressado no serviço público, ao menos, cinco anos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988. Trata-se de regra de “estabilização” prevista no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT que tem a intenção de assegurar os direitos daqueles que já tinham sua situação consolidada (CARVALHO, 2017, p. 826).

Visto isso, é possível compreender os critérios utilizados para definir quais agentes públicos poderiam adquirir o benefício de estabilidade logo quando da promulgação da Constituição Cidadã.

Não obstante, em 05/06/1998, passou a vigorar a Emenda Constitucional nº 19/1998, a qual modificou o *caput* do artigo 41 da Lei Maior. A partir de então, surgiu a exigência de que, para que alguém possa ser garantido pela estabilidade no serviço público, deverá atender, dentre outros, ao requisito de ter sido nomeado para

cargo de provimento efetivo, sendo esta a regra utilizada para os servidores públicos que ingressaram no funcionalismo a partir desta data (BRASIL, 1998).

Assim, antes de adentrar na condição em comento, para melhor entendimento da imposição efetuada, é importante diferenciar efetividade de estabilidade.

A efetividade é um modo de preenchimento de cargos públicos que possibilita a permanência de seu ocupante no exercício das atribuições que lhe são inerentes (MEDAUAR, 2018). Pode-se dizer que a efetividade é uma condição para a estabilidade, pois somente os cargos de provimento efetivo são compatíveis com a aquisição do benefício, já que proporcionam a manutenção do servidor na Administração Pública.

Deste modo, com o advento da EC nº 19/1998, verifica-se que somente os servidores públicos estatutários podem adquirir a estabilidade, haja vista que estes são os que ocupam cargos públicos. Em decorrência disso, prejudicado está o inciso I da Súmula 390 do TST, já que a garantia de permanência no serviço público não pode mais ser atribuída aos servidores públicos celetistas, detentores de emprego público, considerando que são categorias claramente distintas, como já explanado detalhadamente no item 3.1.3 – Servidores públicos (em sentido amplo).

Sobre a modificação, Di Pietro pondera o seguinte:

[...] A partir dessa Emenda, que só assegura estabilidade ao servidor nomeado para cargo de provimento efetivo, não mais se justifica a outorga de estabilidade ao servidor celetista, que é contratado (e não nomeado) para emprego (e não para cargo). [...] Os ocupantes de emprego são beneficiados com os direitos sociais previstos no artigo 7º (proteção contra despedida arbitrária, seguro-desemprego, fundo de garantia), não assegurados aos servidores estatutários [...] A Súmula 390, I, do Tribunal Superior do Trabalho iguala situações que, pela Constituição, são submetidas a regimes jurídicos diferenciados. Aliás, os dois regimes são excludentes entre si: se o servidor celetista tem direito à estabilidade prevista no artigo 41, não se justifica a aplicação a ele das normas de proteção contra despedida arbitrária, seguro-desemprego e fundo de garantia (DI PIETRO, 2015, p. 158).

Portanto, em suma, apurou-se que:

a) os servidores públicos celetistas que ingressaram na administração direta, autárquica e fundacional até o dia 05/06/1998 (data da promulgação da EC 19/1998) podem adquirir a estabilidade prevista no Texto Constitucional. Nesse sentido, em respeito à segurança jurídica, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal em 2008, cujo teor da decisão se transcreve abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO CONVERTIDO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EMPREGADO PÚBLICO. APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO ANTERIOR À EC 19/98. ESTABILIDADE. A garantia da estabilidade, prevista no artigo 41 da Constituição, estende-se aos empregados públicos celetistas, admitidos em período anterior ao advento da EC n. 19/98. Agravo regimental a que se dá provimento (STF – AI-AgR: 472685 BA, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 16/09/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-211 DIVULG 06/11/2008 PUBLIC 07/11/2008 EMENT VOL-02340-04 PP-00806).

b) os servidores públicos celetistas que ingressaram na administração direta, autárquica e fundacional após o dia 05/06/1998 e os que foram admitidos em sociedades de economia mista e empresas públicas, independentemente da data de assunção do emprego, não podem adquirir a estabilidade prevista na Lei Maior;

c) os servidores públicos civis (estatutários ou celetistas) da administração direta, autárquica e fundacional em exercício na data da promulgação da Constituição Federal (05/10/1988) há cinco anos continuados, no mínimo, e que não se submeteram ao procedimento de concurso público, desde que não ocupantes de cargos, funções ou empregos de confiança, em comissão ou declarados em lei de livre exoneração, podem adquirir a estabilidade prevista na Carta Magna; e

d) os servidores públicos estatutários nomeados para cargo de provimento efetivo, independentemente da data de ingresso no serviço público, podem adquirir a estabilidade prevista na Constituição Cidadã, observando-se que, após a Emenda Constitucional nº 19/1998, somente estes agentes serão beneficiários da garantia.

Posto isso, analisar-se-á o próximo requisito para a aquisição da estabilidade.

4.2.2 Concurso público

Ainda nos termos do *caput* do artigo 41 da Constituição Federal, para que alguém possa usufruir do benefício da estabilidade, é necessário que a nomeação para ocupação de cargo público de provimento efetivo seja em decorrência de aprovação em concurso público.

Neste momento, a abordagem não recairá sobre as definições e características desse procedimento de escolha de candidatos para o exercício da função pública, pois esses aspectos já foram objeto de discussão no item 3.2 do presente trabalho, que trata do ingresso dos servidores no funcionalismo público.

Deste modo, a exigência de concurso público é útil para reforçar o porquê de certos servidores não possuírem direito à garantia constitucional.

Os ocupantes de cargo em comissão, embora também sejam servidores estatutários, não são contemplados pela estabilidade, haja vista que não se submetem ao exame concursal, considerando que o provimento e a exoneração são de livre escolha da autoridade competente para a nomeação. Assim, como tais cargos não ensejam continuidade no serviço público, já que são preenchidos de acordo com as necessidades daquele que se encontra no poder, variáveis ao longo do tempo, verifica-se total incompatibilidade com o instituto da estabilidade.

Ademais, em relação aos servidores temporários, em que pese, em certos casos, serem contratados após a aprovação em processo seletivo, este instrumento não se equipara ao procedimento de concurso público, não oportunizando o gozo da estabilidade pelos agentes que assim ingressam no funcionalismo, até porque visam apenas ao atendimento de uma necessidade de excepcional interesse público, não condizente com a garantia constitucional (DI PIETRO, 2015).

Comentando sobre o exposto, Meirelles e Burle Filho afirmam que:

[...] os nomeados em comissão e os admitidos na forma do art. 37, IX, da CF, cujos vínculos empregatícios têm sempre um caráter provisório, jamais adquirem estabilidade. Não podem pretender a permanência no serviço público, porque essa garantia, repetimos, é exclusiva dos servidores regularmente investidos em cargos públicos de provimento efetivo em virtude de concurso público (MEIRELLES e BURLE FILHO, 2016, p. 555).

Destarte, pode-se concluir que esses servidores (nomeados em comissão ou temporários) claramente não podem adquirir estabilidade, pois, além de não ocuparem cargo público de provimento efetivo, a investidura na função não é decorrente de aprovação em concurso público, mas sim baseada em critérios políticos ou de excepcional interesse público, respectivamente.

Visto isso, faz-se necessária a compreensão da próxima exigência constitucional para a aquisição da estabilidade.

4.2.3 Estágio probatório

Cyonil Borges e Adriel Sá (2018) ensinam que o estágio probatório é o período de tempo a ser transposto para se alcançar a estabilidade no serviço

público. Durante esse prazo, o servidor público será constantemente avaliado com o intuito de verificação de sua capacidade, habilidade e aptidão para o desempenho das funções inerentes ao cargo público que ocupa.

Em outras palavras, é possível dizer que, nesse ínterim, a Administração Pública irá apurar a conveniência ou não da manutenção do servidor no funcionalismo público (MEIRELLES e BURLE FILHO, 2016).

No âmbito federal, a Lei nº 8.112 de 1990 exemplifica alguns fatores avaliativos a serem observados durante o período de estágio probatório: assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade (BRASIL, 1990).

Quanto ao prazo estabelecido, dispõe o *caput* do artigo 41 da Constituição Federal que o servidor público somente será considerado estável após três anos de efetivo exercício (BRASIL, 1998), sendo este, então, o tempo definido para o estágio probatório. Deve-se ressaltar, ainda, que o Texto Constitucional faz menção a efetivo exercício. Portanto, caso o servidor se afaste do cargo para exercer outras funções ou em decorrência de licenças, o prazo de avaliação deverá ser prorrogado pelo mesmo período em que esteve ausente, para que se possa garantir o fiel cumprimento do lapso temporal de estágio probatório estipulado na Lei Maior (ALEXANDRE e DEUS, 2017).

Outra observação importante a ser feita é a seguinte: antes da EC nº 19/1998, o período de estágio probatório era encerrado em dois anos. Deste modo, para que não houvesse prejuízo aos servidores em fase de avaliação à época da promulgação da alteração, o prazo anteriormente adotado fora mantido em relação a estes (determinação dada pelo artigo 28 da referida emenda).

Por fim, outro aspecto a ser analisado é a possibilidade de exoneração ou demissão do servidor durante o estágio probatório. Sobre a problemática, Borges e Sá lecionam que:

Em relação à exoneração do servidor em estágio probatório, esclareça-se que o fato de o servidor se encontrar em estágio probatório não afasta o dever de a Administração motivar a exoneração do servidor, no caso de não atendimento aos requisitos legais. Garante-se ao servidor o direito ao contraditório e à ampla defesa (STF – RE 240735/MG). Ou seja, será necessário um procedimento administrativo para que se reprove o servidor no estágio probatório. E, ainda, no caso de demissão do servidor em estágio probatório, é necessário, também, um processo administrativo, mas

de natureza disciplinar, em razão de este ser o meio apropriado para aplicação de sanções a servidores em geral (BORGES e SÁ, 2018, p. 421).

Assim, conclui-se que o fato de o servidor público ainda não ter adquirido a estabilidade no serviço público não permite que a Administração o desligue do exercício da sua função sem prévia justificativa. Deve, inclusive, existir a possibilidade de contraditório e ampla defesa para que o ato seja legal.

Adiante, explicar-se-á o último requisito para a aquisição da estabilidade.

4.2.4 Avaliação especial de desempenho

Tal exigência é inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 19/1998, ao acrescentar no artigo 41 da Constituição Federal o §4º, que dispõe: “como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade” (BRASIL, 1998).

Em observância ao exposto, verifica-se que o mero decurso de tempo do estágio probatório (requisito objetivo) não será mais suficiente para que a garantia de estabilidade seja concedida ao servidor público. Será necessária, portanto, uma avaliação especial do agente (requisito subjetivo) para que o benefício possa ser-lhe imputado (BORGES e SÁ, 2018).

Com essa medida, busca-se concretizar o princípio da eficiência na Administração Pública, intrinsecamente ligado ao desempenho dos servidores que atuam em nome do Estado. Deste modo, se este (o desempenho) não for satisfatório, a estabilidade não poderá ser declarada (MEIRELLES e BURLE FILHO, 2016).

Ainda, Di Pietro traz uma importante ponderação acerca da ausência de avaliação do servidor ao fim do prazo de três anos de efetivo exercício:

Trata-se de imposição voltada para a Administração Pública, no sentido de que depende de providência a ser por ela adotada. Se não o fizer, a omissão não poderá prejudicar a aquisição da estabilidade pelo servidor. Cumpridos os três anos de efetivo exercício, o servidor se tornará estável, com ou sem avaliação. Interpretação diversa poderia significar um incentivo à omissão da autoridade que, por alguma razão alheia ao objetivo do estágio probatório, quisesse impedir a aquisição da estabilidade (DI PIETRO, 2015, p. 163).

Contudo, cumpre ressaltar que, providenciada a efetivação da análise de desempenho do servidor em estágio probatório, poderá a Administração Pública exonerá-lo do cargo ocupado se o seu aproveitamento funcional não for considerado satisfatório. Nesta hipótese, a decisão deverá ser fundamentada, utilizando-se de informações laborais do agente colhidas, legalmente, durante seu período de prova, tais como ficha de ponto, anotações na folha de serviço, investigações regulares sobre a conduta e o desempenho no trabalho, dentre outras que demonstrem inaptidão, desídia ou insuficiência de desempenho do servidor público, por exemplo. Também, é importante salientar que a referida atitude administrativa não possui caráter punitivo (não se trata de demissão, que é uma penalidade e, por isso, exige a instauração de processo administrativo disciplinar), mas representa uma avaliação da conveniência de permanência do servidor público no exercício das funções que lhe foram atribuídas (MEIRELLES e BURLE FILHO, 2016).

E, neste mesmo viés interpretativo, é a Súmula 21 do Supremo Tribunal Federal, que diz: “funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade” (BRASIL, 1963).

Finalmente, apurado pela Administração Pública, por meio de avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade, que o servidor público em estágio probatório apresenta compatibilidade com o exercício das funções peculiares do cargo que ocupa, sendo avaliado de forma positiva, adquirirá o benefício de estabilidade no serviço público, com todas as garantias decorrentes do instituto, as quais serão abordadas detalhadamente no item que segue.

4.3 Consequências jurídicas da aquisição do direito à estabilidade

Importante é a fixação de que o servidor público estável adquire o direito de permanência no serviço público. Decorrência disso é o fato de que o agente não poderá ser desligado dos quadros funcionais da Administração Pública de forma arbitrária, isto é, para que o servidor perca a estabilidade conquistada e, conseqüentemente, o cargo público que ocupa, o ato ensejador da ruptura do vínculo funcional com o Estado deverá ter amparo constitucional.

Assim, garante-se ao servidor público estável a proteção contra a exoneração *ad nutum*, ocorrida em virtude de juízo de exclusividade da autoridade

administrativa competente, o que vai de encontro aos princípios do contraditório e da ampla defesa (MEIRELLES e BURLE FILHO, 2016).

Nestes termos, com base no artigo 41 da Carta Magna, temos a seguinte disposição:

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:
I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;
II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;
III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa (BRASIL, 1998).

Deste modo, verifica-se o estabelecimento de um rol taxativo para que haja o rompimento não voluntário da ligação profissional formada entre a Administração Pública e os seus servidores públicos estáveis. Além dessas, também há uma outra situação constitucional ensejadora do desligamento desses agentes, que é o excesso de despesa com pessoal, caso que será abordado posteriormente em conjunto com os demais.

Ainda, antes de adentrar na explicação de cada hipótese mencionada, é importante que sejam diferenciadas duas expressões, a saber: exoneração e demissão. Esta sempre representa uma punição, ocasionando a perda do cargo como resultado de falta grave cometida pelo servidor ou como efeito de sentença penal condenatória. Já aquela, embora atualmente alguns autores sustentem que possa exprimir algum caráter punitivo, pode-se dizer que a severidade é menor, em que pese também gere a perda do cargo público, como corolário dos demais atos infracionais (não abrangidos pela demissão) praticados pelo servidor público (ALEXANDRINO e PAULO, 2010).

Outra observação a ser feita é a distinção entre estabilidade e vitaliciedade, já que esta, embora também seja uma garantia de permanência no serviço público, não é aplicada a todos os agentes públicos, mas somente àqueles selecionados constitucionalmente, em razão da natureza e relevância do cargo ocupado, só podendo perdê-lo mediante sentença judicial transitada em julgado (MARINELA, 2017). São exemplos os Magistrados (art. 95, I, CF), os membros do Ministério Público (art. 128, §5º, I, a, CF) e os Ministros e Conselheiros dos Tribunais de Contas (art. 73, §3º c/c art. 75, CF), que adquirem a prerrogativa após dois anos de exercício na função pública (BRASIL, 1988).

Visto isso, seguir-se-á aos casos autorizadores de perda do cargo público disciplinados na Lei Maior.

4.3.1 Sentença judicial transitada em julgado

Hipótese autoexplicativa, a sentença judicial poderá ser proferida em processo criminal ou em ação civil.

Deve-se destacar, obviamente, a necessidade de o processo se utilizar de um procedimento hígido, legal, de forma que a sentença seja válida para aplicar a sanção (OLIVEIRA, 2015).

Além disso, é preciso que a sentença não comporte mais discussão através de recurso, seja pelo esgotamento das vias recursais, seja pela não interposição de manifesta discordância na forma e no tempo previstos em lei, o que caracterizará o trânsito em julgado da decisão.

No âmbito criminal, o Código Penal dispõe sobre a possibilidade de perda do cargo público, como se verifica na leitura do artigo 92, em seguida transcrito:

Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. [...]

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença (BRASIL, 1940).

Em atenção ao dispositivo mencionado, uma observação importante a ser feita é que a sentença judicial deverá ser expressa no sentido de perda do cargo pelo servidor público, não podendo ser feita presunção nesse sentido, dada a gravidade da consequência para o agente público. Aplica-se, também, o mesmo entendimento para as decisões proferidas no âmbito cível (BORGES e SÁ, 2018).

Ainda, é possível a decretação judicial de perda do cargo como consequência da prática de ato de improbidade administrativa, nos termos do artigo 37, §4º da Constituição Federal, que dispõe: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem

prejuízo da ação penal cabível” (BRASIL, 1988). A regulamentação do assunto foi feita na Lei 8.429 de 2 de junho de 1992.

Deste modo, verifica-se que, sendo assegurados o contraditório e a ampla defesa, o processo judicial poderá ser um instrumento utilizado para desvincular o servidor público do funcionalismo. Ademais, nota-se a natureza punitiva da decisão, já que ligada ao cometimento de infrações administrativas, civis ou criminais.

Posto isso, no próximo item será analisada outra hipótese de perda do cargo pelo servidor público estável.

4.3.2 Processo administrativo

Caso semelhante ao anterior, o servidor público estável poderá ser destituído do cargo ocupado por intermédio de processo administrativo. A diferença ocorre no âmbito de julgamento, já que nesta hipótese não há intervenção judicial, sendo a decisão proferida pela autoridade administrativa competente.

Em que pese isso, nada impede que o Poder Judiciário seja acionado posteriormente para analisar os aspectos legais da matéria julgada, pois, conforme o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Quando o Texto Constitucional prescreve que o processo administrativo é instrumento hábil para ensejar a perda do cargo, entende-se que o processo a ser instaurado, obrigatoriamente, em face do servidor seja o disciplinar, o qual é previsto na legislação estatutária de cada ente político. Como se depreende da nomenclatura do procedimento, a sua instauração é fundamentada no cometimento de alguma violação administrativa pelo agente, a qual implique pena de demissão (DI PIETRO, 2015).

Em síntese:

O processo administrativo instaura-se através de portaria, nomeando-se a comissão apuradora, especificando-se a infração cometida, à semelhança de uma denúncia no processo penal. O agente público tem que saber do que é acusado, descrevendo-se o fato infracional com todos os dados essenciais para sua perfeita identificação, permitindo-se a defesa (OLIVEIRA, 2015, p. 59).

Após o início do procedimento:

O indiciado é citado para se defender e comparecer a interrogatório, com ou sem advogado, como quiser. O que não se pode é recusar-lhe o profissional. Comparecendo sem advogado, dar-se-lhe-á defensor. Como a função é privativa de advogado, somente este poderá representar o indiciado. Poderá ele arrolar testemunhas, contraditar as indicadas na portaria instauradora do processo, requerer diligências, solicitar prova pericial etc. Nada lhe pode ser indeferido, salvo provas impertinentes (ou seja, que nada tenham a ver com o objeto da acusação). Assim atende-se aos meios a que alude a Constituição (OLIVEIRA, 2015, p. 59).

Finda a fase probatória, a autoridade competente proferirá decisão, que sempre deve ser fundamentada, contra qual caberá impugnação. Nesse sentido:

Posteriormente são-lhe assegurados os recursos, isto é, já se percebe que deve haver duplo grau de jurisdição administrativa, podendo a lei impor o recurso obrigatório em favor do Poder Público. De qualquer maneira, é essencial que haja um órgão revisor, de preferência isento, não podendo participar do colegiado pessoa que tenha servido no primeiro grau de jurisdição administrativa (OLIVEIRA, 2015, p. 59).

Além disso, é de suma importância destacar que o contraditório e a ampla defesa deverão ser observados, não só para atender à exigência do artigo 41, §1º, II, mas com vistas ao artigo 5º, LV, da Constituição Federal, que anuncia: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

Portanto, pode-se examinar outra forma de o servidor público estável perder o cargo que ocupa, por meio de apuração de infração cometida no âmbito funcional, através de processo administrativo, no qual também se verifica o caráter sancionatório (consistente na demissão), sendo um ato punitivo, portanto.

Visto isso, nova hipótese de perda do cargo será estudada adiante.

4.3.3 Avaliação periódica de desempenho

Novidade trazida pela Emenda Constitucional nº 19/1998, a Lei Maior criou uma forma de se buscar a eficiência no serviço público.

A ideia é que, após adquirida a estabilidade, o servidor público ainda seja permanentemente avaliado, de modo que se possa fiscalizar o seu comportamento, a sua produção, o seu desempenho, em resumo, o cumprimento de suas atribuições legais. E, caso o agente não corresponda de forma eficaz às atividades que lhe são

concernentes, desde que assegurada a ampla defesa, a Administração Pública poderá exonerá-lo do cargo ocupado, com a consequente ruptura do vínculo funcional anteriormente constituído (OLIVEIRA, 2015).

Deve-se atentar para o fato de que a avaliação periódica de desempenho não se confunde com aquela avaliação especial de desempenho estipulada no §4º, do artigo 41 da Constituição Federal, a qual já fora abordada anteriormente no item 4.2.4, e objetiva verificar se o servidor público em estágio probatório está apto a adquirir o benefício da estabilidade.

Conforme inciso III, §1º do artigo 41 da Carta Magna, a avaliação periódica de desempenho será realizada através de um procedimento estabelecido em lei complementar, isto é, trata-se de uma norma de eficácia limitada, não sendo autoaplicável, já que depende da criação da norma pelo legislador. É válido ressaltar que, desde a inserção desta hipótese de perda do cargo pelo servidor público estável, até o presente momento não houve a elaboração de lei reguladora da matéria.

Ainda, é importante observar que a exoneração fruto do resultado negativo obtido na avaliação periódica de desempenho não possui natureza punitiva; seu único intento é manter a eficiência no serviço público e, para tanto, não se pode admitir a permanência de servidores públicos improdutivos no quadro funcional da Administração Pública (MEIRELLES e BURLE FILHO, 2016).

Em sendo assim, conclui-se que a avaliação em comento é uma forma de controle sobre o modo como o servidor público estável realiza suas atribuições, se com seriedade e comprometimento com os administrados ou não. Desta forma, necessário se faz que a lei complementar disciplinadora da avaliação seja rapidamente elaborada, para que a disposição constitucional não se torne inútil no ordenamento jurídico brasileiro.

A seguir, a última hipótese de perda do cargo pelo servidor público estável será demonstrada.

4.3.4 Excesso de despesa com pessoal

Além das situações previstas no artigo 41 da Constituição Federal, há outro caso em que o servidor público estável pode perder o cargo ocupado, também decorrente da Emenda Constitucional nº 19/1998.

Tal hipótese ocorre quando a despesa com pessoal de certo ente federativo ultrapassa os limites legais. É nesse sentido o artigo 169 da Constituição Federal: “a despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar” (BRASIL, 1998).

Para cumprimento do dispositivo constitucional, criou-se a Lei Complementar nº 101/2000, que fixa, em seu artigo 19, o gasto máximo a ser atingido em cada ente, a saber:

Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:
I - União: 50% (cinquenta por cento);
II - Estados: 60% (sessenta por cento);
III - Municípios: 60% (sessenta por cento) (BRASIL, 2000).

Deste modo, caso o ente federativo supere os limites legais, a própria Lei Maior, no §3º do artigo 169, determina as diligências a serem adotadas para a redução de gastos:

§ 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:
I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;
II - exoneração dos servidores não estáveis (BRASIL, 1998).

Porém, se, mesmo após a execução de tais ações, o limite não for obedecido, o servidor público estável poderá ser afetado, perdendo o cargo ocupado, o que lhe ensejará indenização. Com esse teor, válido é observar os §§4º a 7º da Carta Magna:

§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá 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.

§ 5º O servidor que perder o cargo na forma do parágrafo anterior fará jus a indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço.

§ 6º O cargo objeto da redução prevista nos parágrafos anteriores será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos.

§ 7º Lei federal disporá sobre as normas gerais a serem obedecidas na efetivação do disposto no § 4º (BRASIL, 1998).

Com relação ao mencionado no §7º acima citado, em 14 de junho de 1999 foi publicada a Lei nº 9.801, que aborda normas gerais para a perda do cargo público em decorrência de excesso de despesa com pessoal. Merece destaque o critério geral estabelecido para a identificação impessoal dos servidores estáveis a serem desligados do funcionalismo público. Conforme o artigo 2º, §§2º e 3º da referida Lei, a escolha deverá ser fixada, necessariamente, entre o menor tempo de serviço público, maior remuneração e menor idade, podendo ser combinada com o critério complementar de menor número de dependentes (BRASIL, 1999).

Visto isso, é possível afirmar que tal hipótese de exoneração do servidor estável não possui relação alguma com sua atuação na Administração Pública, não simbolizando, portanto, qualquer tipo de penalidade. A perda do cargo público será um dissabor a ser suportado pelo agente como reflexo de uma imposição legal feita ao ente federativo para que haja a redução de despesas com pessoal.

Finalizado o estudo das situações que cessam a estabilidade do servidor público, com a conseqüente perda do cargo ocupado, analisar-se-ão as outras garantias adquiridas pelo servidor estável.

4.3.5 Demais garantias inerentes ao servidor público estável

Decorrente do direito de permanência no serviço público, o servidor público estável também é resguardado por outras três garantias constitucionais, quais sejam, a reintegração, a disponibilidade e o aproveitamento.

Ambas estão previstas nos parágrafos do artigo 41 da Constituição Federal, com redação dada pela EC nº 19/1998:

§ 2º 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.

§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo (BRASIL, 1998).

A reintegração ocorre quando há invalidação da demissão do servidor público estável através de sentença judicial, o que reflete no reingresso do agente demitido no funcionalismo público. No âmbito federal, o artigo 28 da Lei 8.112/1990 dispõe que:

A reintegração é a reinvestidura do servidor estável no cargo anteriormente ocupado, ou no cargo resultante de sua transformação, quando invalidada a sua demissão por decisão administrativa ou judicial, com ressarcimento de todas as vantagens (BRASIL, 1990).

Assim, em que pese o Texto Constitucional mencionar apenas a invalidação da demissão pela via judicial, é possível que a nulidade seja decretada pela própria Administração Pública, caso em que também haverá reintegração do servidor público, posto que o ato administrativo não gerou efeitos jurídicos, retroagindo, portanto, à data em que foi praticado. Ainda, independentemente da forma pela qual a reintegração for determinada, o agente deverá ser ressarcido de todos os prejuízos suportados no período em que esteve desligado do cargo anteriormente ocupado (DI PIETRO, 2015).

Deste modo, fica claro que a reintegração visa proteger a estabilidade do servidor público contra eventuais atos ilegais que a possa atingir.

Com relação à disponibilidade, pode-se dizer que consiste na inatividade remunerada do servidor estável, com proventos proporcionais ao tempo de serviço, até que seja adequadamente aproveitado em outro cargo. Advém da extinção, da declaração de desnecessidade ou da reintegração de outrem no cargo público ocupado (MELLO, 2009). Sobre as situações ensejadoras da disponibilidade, é importante se observar o comentário realizado por Di Pietro:

A extinção do cargo ou a declaração de sua desnecessidade inserem-se no âmbito de discricionariedade da Administração Pública, mas tem que ser devidamente justificada, até pelas consequências danosas que produz, seja para o servidor, que ficará em inatividade, experimentando redução em seus proventos, seja para os cofres públicos, que terão que arcar com o pagamento de proventos a quem não está trabalhando. A consequência ainda pode ser mais danosa para o servidor não estável, porque ele não faz jus à disponibilidade, podendo vir a ser exonerado *ex officio*, ainda que tenha sido nomeado mediante concurso público (DI PIETRO, 2015, p. 174).

Ademais, é válido mencionar que a disponibilidade não configura uma sanção e, se assim for utilizada, caracterizará desvio de finalidade, o que tornará o ato nulo, com o cometimento de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992, art. 11, I) pela autoridade que a determinou (MAZZA, 2016).

Ante o exposto, verifica-se que a disponibilidade está intimamente ligada com a conceituação de estabilidade, que é a garantia de permanência no serviço público, e não no cargo público, já que, quando este não mais puder ser ocupado, ainda sim o servidor público terá direito a se manter vinculado à Administração Pública.

Por fim, quanto ao aproveitamento, este ocorre no momento em que o servidor em disponibilidade retorna à atividade, vinculando-se a cargo que possua atribuições e vencimentos compatíveis com o anteriormente ocupado (ALEXANDRE e DEUS, 2017). A Lei 8.112/1990 fixa algumas regras sobre o instituto:

Art. 30. O retorno à atividade de servidor em disponibilidade far-se-á mediante aproveitamento obrigatório em cargo de atribuições e vencimentos compatíveis com o anteriormente ocupado. [...]

Art. 32. Será tornado sem efeito o aproveitamento e cassada a disponibilidade se o servidor não entrar em exercício no prazo legal, salvo doença comprovada por junta médica oficial (BRASIL, 1990).

De acordo com o demonstrado, verifica-se a obrigatoriedade de aproveitamento dos servidores públicos quando do surgimento de cargos compatíveis, sendo que, se o agente não entrar em exercício no prazo determinado, cessará o direito à disponibilidade.

Apurados o conceito, a forma de aquisição e os consectários legais do direito à estabilidade, no próximo e último título serão abordadas, brevemente, algumas críticas à garantia constitucional.

5 CRÍTICAS À GARANTIA DE ESTABILIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO

A estabilidade do servidor público é um tema polêmico. Quando o assunto é debatido, sempre surgem comentários pró e contra o instituto.

Neste título, em consonância com todo o exposto durante o presente trabalho, serão apontados alguns aspectos críticos sobre a garantia constitucional, para que se possa concluir se o direito à estabilidade representa um bônus ou um ônus para a Administração Pública e para a sociedade em geral.

De início, é importante relembrar o porquê da existência do instituto. A estabilidade é uma forma de garantir o agente público contra pressões externas que possam interferir na sua atuação impessoal em prol do bem comum. Com a frequente alternância das autoridades no Poder, há uma constante mudança de pessoas que auxiliam na execução dos projetos políticos, o que poderia ameaçar a atividade daqueles que não compactuassem com os mesmos ideais, ensejando o seu desligamento do funcionalismo público, o que caracterizaria uma injustiça, já que o servidor público foi nomeado para o cargo público após demonstrar bom desempenho em concurso público.

Também, a contínua substituição das pessoas que atuam em nome da Administração Pública pode gerar interrupções na prestação do serviço público, o qual deve ser permanente, ocasionando falhas no atendimento aos administrados. E isso acontece em decorrência da falta de profissionalização dos agentes, já que, como o Estado não possui uma equipe perene de trabalho, não há pessoas capacitadas e treinadas para resolver os problemas e as situações que surgem ao longo do tempo.

Consequentemente, tem-se uma máquina pública ineficaz, visto que os servidores não são preparados para atuar em nome do ente aos quais estão vinculados.

Deste modo, a estabilidade visa dar segurança aos agentes para que possam cumprir seus deveres e obrigações com obediência à lei, sem temores de eventuais represálias ou perseguições de caráter político. Também, busca assegurar ao servidor público a possibilidade de construção de uma carreira pública, com

constante aperfeiçoamento de seus conhecimentos para melhor atendimento da sociedade em geral.

Resumindo todos os aspectos apontados, temos a seguinte lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha:

A estabilidade jurídica do vínculo administrativo firmado entre o servidor e o pessoal estatutário tem como finalidade, primeiramente, garantir a qualidade do serviço prestado por uma burocracia estatal democrática, impessoal e permanente. Tanto conjuga o profissionalismo que deve predominar no serviço público contemporâneo (e profissionais não são descartáveis, até mesmo porque o Estado se aprende e não da noite para o dia) com a impessoalidade, que impede práticas nepotistas e personalistas na Administração Pública (ROCHA, 1999, p. 251 – 252 apud DI PIETRO, 2015, p. 155).

Em que pese as justificativas para a existência da estabilidade, muitos dizem que a garantia representa um direito que trata com distinção os servidores públicos dos empregados privados, constituindo uma vantagem para aqueles que estes não detêm. E, realmente, não há exageros nisso. Todavia, o que se deve compreender é a necessidade de diferenciação entre essas espécies de agentes. Os trabalhadores privados possuem garantias contra despedida arbitrária, como Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e seguro desemprego, enquanto os servidores públicos não são acobertados por tais prerrogativas. O direito à estabilidade pretende assegurar, primordialmente, o desempenho adequado da função pública e, como reflexo, resguarda o servidor público contra a demissão ou exoneração arbitrária do funcionalismo.

Por outro lado, aqueles que são contra a proteção constitucional alegam que a garantia mantém pessoas ineficientes no serviço público. Nas palavras de Oliveira:

Em verdade, é comum ocorrer que o servidor, após adquirir a estabilidade, superado o estágio probatório de três anos, se sinta confortável no serviço público, passando a negligenciar suas funções. Torna-se relapso, tratando mal a população, saindo e não retornando ao serviço, nada fazendo etc. Cria mal-estar constante e, sentindo-se acobertado pela estabilidade, hostiliza seu superior hierárquico, tornando-se, enfim, um problema para o funcionalismo (OLIVEIRA, 2015, p. 60).

Não se pode negar que o relatado por Régis Fernandes de Oliveira aconteça na Administração Pública. Há servidores que, contemplados pela estabilidade, acreditam que podem agir como bem entenderem sem que isso lhe traga alguma consequência ou punição. E, muitas vezes, não traz.

Porém, deve-se atentar para o fato de que tal situação é decorrência de uma falha na gestão dos servidores públicos. A própria Constituição Federal fornece instrumentos para a avaliação desses agentes, tanto durante o período de estágio probatório quanto após.

Existe a exigência de avaliação especial de desempenho para que sejam filtrados apenas os servidores públicos em estágio probatório aptos ao exercício da função pública e, portanto, à aquisição de estabilidade. Adquirida, caso o agente demonstre comportamentos incompatíveis com o serviço público, poderá ser instaurado processo administrativo disciplinar para a investigação de sua conduta, com eventual demissão, inclusive admitindo-se a decretação de perda do cargo pela via judicial. E, ainda, a Lei Maior possibilita a realização de avaliação periódica de desempenho do servidor estável, o que poderá ensejar sua exoneração caso seja comprovado rendimento insatisfatório. Em relação ao último aspecto, como já comentado anteriormente, verifica-se uma omissão legislativa em regulamentar a matéria para que comece a produzir efeitos, isto é, demonstra-se uma despreocupação estatal com o assunto.

Portanto, é possível afirmar que o instituto da estabilidade não pode ser considerado um ônus para a Administração Pública e para a sociedade em geral, pois não deve ser julgado pelas falhas fiscalizatórias da garantia, que oportunizam servidores públicos ineficientes nos órgãos públicos.

Deve-se vislumbrar o direito à estabilidade como uma conquista, de forma que os agentes tenham liberdade e autonomia para cumprirem as suas atribuições, visando o bem comum.

Assim sendo, a estabilidade é algo que bonifica a atuação servidor público, haja vista que possibilita o exercício de suas funções sem qualquer receio ou temor de perseguições. Com isso, os princípios regentes da Administração Pública são observados, já que o Estado atuará, através de seus agentes, de modo legal, impessoal, moral e eficiente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mediante todas as ponderações que foram realizadas neste trabalho, é possível observar a relevância da existência da estabilidade no funcionalismo público. Não se trata apenas de uma vantagem para o servidor público que a adquire, mas uma garantia de que as atividades estatais serão exercidas imparcialmente, visando sempre o atendimento do interesse público.

Demonstrou-se que a atividade administrativa está presente nas três esferas de Poder, sendo função típica do Executivo e atípica do Legislativo e do Judiciário. Ainda, verificou-se que Administração Pública é o conjunto de órgãos e agentes que atuam na prática desta atividade, compreendendo a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, além das autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, criadas por estes entes políticos. Também, abordou-se o modelo de administração pública gerencial implantado no Brasil a partir da Emenda Constitucional nº 19/1998, cujo primordial objetivo era garantir que o funcionamento da máquina pública fosse eficiente, tendo como principal beneficiário o cidadão. E, somando-se a isso, foram pinceladas algumas informações sobre os princípios da legalidade, impessoalidade, eficiência, continuidade dos serviços públicos e celeridade processual, os quais devem nortear constantemente a atuação dos agentes públicos.

Além disso, foram conceituados os agentes públicos, que são todas as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, e dividem-se em quatro categorias, a saber: agentes políticos (ocupantes de cargos estruturais da organização política do país, eleitos para mandato transitório); militares (atuantes em nome das Forças Armadas – Marinha, Exército e Aeronáutica –, das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares); particulares em colaboração com o Poder Público (exercentes de funções públicas que não ensejam vínculo de trabalho com o Estado, temporárias, e não integrantes da estrutura da Administração Pública); e servidores públicos (detentores de vínculo empregatício remunerado com o Estado). Quanto a estes, desmembram-se em servidores estatutários (titulares de cargos públicos, regidos por estatuto próprio, decorrente de lei), empregados públicos (possuidores de empregos públicos, regulados por contrato de trabalho, com fulcro nas leis trabalhistas) e servidores temporários (contratados por tempo determinado para

suprir necessidade de excepcional interesse público), sendo que, em regra, o ingresso dessas pessoas nos quadros funcionais da Administração Pública será mediante aprovação em concurso público. Ademais, elucidou-se que o regime legal ou estatutário é o mais adequado para disciplinar os servidores públicos da Administração Direta e suas respectivas autarquias e fundações públicas, já que a relação estabelecida com os agentes que nela atuam supera questões meramente trabalhistas, envolvendo o interesse público, o que reforça a importância da existência de algumas vantagens que são conferidas apenas pelos estatutos, como a estabilidade, primordial para o bom desempenho da máquina pública.

Também, apresentou-se o conceito de estabilidade, como sendo o direito de permanência no serviço público conferido ao servidor que preencha os requisitos constitucionais. A garantia foi disciplinada pela primeira vez na Constituição brasileira de 1934, sofrendo modificações ao longo do tempo até que chegasse nos moldes atuais. Com o advento da Emenda Constitucional nº 19/1998, adotou-se quatro exigências para que a estabilidade fosse atribuída ao agente público, que são: nomeação para cargo de provimento efetivo, isto é, somente os servidores públicos estatutários poderão usufruir do benefício, visto que são os únicos que ocupam cargos públicos; aprovação em concurso público, condição que exclui os servidores nomeados em comissão e os temporários do gozo do direito, pois não se submeteram ao procedimento de recrutamento isonômico; cumprimento de estágio probatório, que nada mais é do que o período de três anos de efetivo exercício no cargo ocupado, durante o qual a Administração Pública verificará, fundamentadamente, a conveniência ou não da manutenção do servidor no funcionalismo; e aprovação em avaliação especial de desempenho, para que seja analisado o aproveitamento do agente na realização de suas atribuições e, se satisfatório, a estabilidade lhe será garantida. Ainda, pôde-se constatar as consequências decorrentes do instituto da estabilidade, ligadas principalmente às formas de rompimento involuntário do vínculo estabelecido entre servidor público e a Administração Pública. Tais hipóteses foram taxativamente dispostas na Constituição Federal, de modo que a demissão ou exoneração do agente somente poderá ser decretada através de sentença judicial transitada em julgado, processo administrativo, avaliação periódica de desempenho cujo resultado seja insuficiente e em razão de excesso de despesa com pessoal.

Após, explanou-se pontos positivos e negativos da estabilidade. As vantagens estão relacionadas diretamente a origem do instituto, que visava garantir o perfeito funcionamento da máquina pública sem que houvesse interferências externas na atuação dos agentes, de forma que as ações destes em nome do Estado fossem impessoais, buscando atingir o bem comum em prol de toda a coletividade. Deste modo, com a intenção de que os atos dos servidores públicos fossem espelhados apenas na lei e que não existisse temor em pressões ilegítimas para desvio da finalidade pública, criou-se essa proteção denominada estabilidade, objetivando evitar o desligamento do agente do funcionalismo em razão de mera vontade política dos detentores de Poder. Em relação às desvantagens, os ônus do direito estão estritamente vinculados às consequências jurídicas da garantia, ou seja, o fato de o servidor ser protegido contra exoneração sem amparo legal poderá ensejar comodismo, pouca importância, desdém com o exercício da função pública, o que acarretará na ineficiência da Administração Pública, ferindo princípios constitucionais regentes do serviço público.

Finalmente, em consonância com todo o exposto, conclui-se que a estabilidade é de suma importância para o funcionamento adequado da Administração Pública, já que almeja, tão somente, ao contrário do que o senso comum assevera, a eficiência na prestação do serviço público. Os conseqüências pejorativas do instituto são, claramente, resultados de omissões do próprio Estado, seja ao não legislar sobre um procedimento avaliativo do servidor público estável que poderia controlar eventual insuficiência de desempenho, seja ao não utilizar os meios disponíveis para fiscalização ou ao fazê-la de modo superficial, não buscando detectar e solucionar os problemas que prejudicam a atuação já naturalmente burocrática do Poder Público.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. DEUS, João de. **Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Método, 2017.

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 18. ed. São Paulo: Método, 2010.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acesso em: 29 ago. 2019.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> Acesso em: 29 ago. 2019.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em: 29 ago. 2019.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm#art189> Acesso em: 06 set. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 19 mar. 2019.

BRASIL. Emenda Constitucional (1998). **Emenda Constitucional n. 19 de 4 de junho de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm> Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL. Presidência da República. **Lei Complementar n. 101 de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 26 set. 2019.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 8.112 de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 8.745 de 09 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8745cons.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 9.801 de 14 de junho de 1999**. Dispõe sobre as normas gerais para perda de cargo público por excesso de despesa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9801.htm>. Acesso em: 28 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 21**. Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2106>>. Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 390**. Estabilidade. Art. 41 da CF/1988. Celetista. Administração Direta, Autárquica ou Fundacional. Aplicabilidade. Empregado de Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista. Inaplicável. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, 2005. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-390>. Acesso em: 13 set. 2019.

BORGES, Cyonil. SÁ, Adriel. **Manual de Direito administrativo facilitado**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Estabilidade do servidor público. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. MOTTA, Fabrício. FERRAZ, Luciano de Araújo (Org). **Servidores públicos na Constituição Federal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GRAU, Eros. **STF – AI-AgR: 472685 BA, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 16/09/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-211 DIVULG 06/11/2008 PUBLIC 07/11/2008 EMENT VOL-02340-04 PP-00806**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2914199/agregno-agravo-de-instrumento-ai-agr-472685-ba?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 15 set. 2019.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva: 2016.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018

MEIRELLES, Hely Lopes. BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Servidores públicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.