

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO - MESTRADO EM DIREITO  
Subárea de Concentração: Direito Administrativo

**Extinção do vínculo mantido com os servidores estatais**

**Claudio Henrique Ribeiro Dias**

**São Paulo**

**2008**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO - MESTRADO EM DIREITO**  
Subárea de Concentração: Direito Administrativo

**Extinção do vínculo mantido com os servidores estatais**

Dissertação apresentada como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Administrativo, sob a orientação do Prof. Dr. Silvio Luís Ferreira da Rocha.

**Claudio Henrique Ribeiro Dias**

**São Paulo**

**2008**

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

## **AGRADECIMENTOS**

Em um momento tão importante, não poderia deixar de manifestar minha gratidão àqueles que, de alguma forma, seja diretamente, transmitindo-me conhecimento, estimulando-me e provocando-me quando preciso, seja indiretamente, participando da minha formação e me apoiando, contribuíram para a realização desse trabalho. Aos meus pais, Alfredo e Lourdinha, e a minha irmã, Virgínia, que, com seu apoio incondicional, dedicação e incentivo constantes, me fizeram acreditar que um sonho que é sonhado em conjunto se torna realidade. Sem eles eu nada seria, nem nada conseguiria. A Eugênia, meu grande amor, não apenas por existir na minha vida, mas também por ter estado ao meu lado em momentos em que nem mesmo para mim a minha companhia parecia agradável. Com ela ao meu lado certamente a vida fica mais fácil e prazerosa. A Paula, Ciro, Claucio, Xeraldo, Massara e Brunão, amigos que, com suas cobranças, dedicação e estímulos, tiveram grande influência na conclusão deste trabalho. A André e Artur, irmãos que sempre desempenharam um papel fundamental na minha vida e que, mesmo à distância, nunca deixaram de me incentivar e ajudar. A Joel, pela eterna disponibilidade, sempre manifestando o desejo de ajudar no que fosse preciso. A André Barachisio, Marcos, Cyntia e Fabrício, pelo exemplo e pelas primeiras lições, que tanto colaboraram para a minha formação profissional. Aos colegas do escritório Mallet Advogados, pelos ensinamentos diários, fundamentais para o meu constante aprimoramento. Aos Drs. Estêvão e Olinda Mallet, pela compreensão, confiança e ensinamentos, que contribuíram, de maneira indescritível, para o meu crescimento profissional. Aos amigos Marcos, Priscila, Renato e Bianca, não só pela tolerância e constante apoio, mas também pela vontade manifestada de ajudar em tudo aquilo estivesse relacionado ao

presente trabalho. Ao meu orientador, Prof. Silvio Luís Ferreira da Rocha, não apenas pelos ensinamentos, pela infinita paciência, pela constante disponibilidade e pela colaboração, mas, principalmente, pelas lições de brilhantismo, humildade e dedicação ao trabalho, que, certamente, representaram grandes estímulos para a conclusão deste trabalho.

## RESUMO

A presente dissertação é dedicada ao estudo da extinção do vínculo mantido entre o Estado e os servidores estatais. Busca, mediante análise da doutrina, da jurisprudência pátria e do ordenamento jurídico nacional, avaliar as diversas hipóteses em que o rompimento do liame mantido entre o Estado e os seus servidores se faz possível. Para tanto, inicialmente discorre a respeito das modalidades de servidores hoje existentes nos quadros do Estado, bem como dos regimes jurídicos a que podem estar submetidos, analisando suas diferenças formais. Segue-se análise dos requisitos impostos à investidura em cargos e empregos públicos, assim como do papel desempenhado pelos Tribunais de Contas em relação ao provimento daqueles. Dedicase atenção também à terceirização de serviços na Administração Pública e à responsabilidade patrimonial do Estado pelos serviços terceirizados. As modalidades de extinção do vínculo mantido entre o Estado e os servidores titulares de cargos foram tratadas em capítulo próprio, no qual se dá especial ênfase àquelas em que o rompimento do liame decorre de falta cometida pelo servidor, bem como são analisadas algumas conseqüências oriundas de tal fato. Em capítulo distinto se empreende verificação acerca da extinção da relação mantida entre o Estado e os servidores submetidos ao regime celetista. Discorre-se também a respeito dos efeitos da admissão de servidores sem a prévia realização de concurso público. Por fim, são analisados os pontos de aproximação e distanciamento existentes entre os regimes a que podem estar submetidos os servidores, no tocante à extinção do vínculo por eles mantido com o Estado.

Palavras-chave: Servidor, vínculo, extinção, hipóteses e comparação.

## ABSTRACT

This thesis addresses termination of the bond between the State and state public servants. It also seeks—by analyzing legal writings, case law and the Brazilian legal system—to assess the various events in which the bond between the State and its public servants may be severed. This work initially explains the currently existing types of State public servants, as well as the legal regimes to which they are subject, scrutinizing their formal differences. It moves on to a review of the requirements imposed on investiture in public jobs and offices, as well as the role played by the Budget Oversight Boards (*Tribunais de Contas*) within such context. Outsourcing of Public Administration services and the State's liability for damages caused by outsourced services (*direito patrimonial*) is also analyzed. The modes of termination of the bond between the State and public officials who hold offices are dealt with in a specific chapter, in which special emphasis is given to those events in which severance of the bond arises from a fault committed by the public official and to the consequences of such fact. A separate chapter is dedicated to termination of the bond between the State and public servants working under the Consolidated Labor Laws (CLT). The effects of hiring public servants that do not submit to a prior competitive examination are also discussed. Finally, this thesis analyzes the similarities and differences between the various regimes to which public servants may be subject with respect to their bond with the State.

Keywords: Public servant, bond, termination, events and comparison.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	6
<b>ABSTRACT</b> .....	7
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>CAPÍTULO I</b>	
1. Agentes públicos .....	14
1.1. Classificação dos agentes públicos. ....	15
2. Regimes jurídicos constitucionalmente admitidos para os servidores públicos.....	19
2.1. Diferenças formais entre o regime estatutário e o regime celetista .....	23
3. Âmbitos de aplicação dos regimes estatutário e celetista.....	26
4. Regime jurídico concernente aos servidores contratados com espeque no art. 37, IX, da Constituição da República.....	31
<b>CAPÍTULO II</b>	
1. Acessibilidade aos cargos e empregos públicos.....	34
1.1. Concurso público.....	36
1.1.1. Prazo de validade do concurso e direito de preferência.....	44
1.1.2. Direito de ser nomeado.....	47
2. Contratação por tempo determinado.....	51
3. Cargos em comissão.....	56
4. O papel dos Tribunais de Contas no provimento de cargos e empregos públicos.....	59
4.1. O papel do registro efetuado pelos Tribunais de Contas no processo de admissão de servidores.....	64
5. Terceirização na Administração Pública.....	66
5.1. Responsabilidade patrimonial do Estado pelos serviços terceirizados.....	70
<b>CAPÍTULO III</b>	
1. Prerrogativas que limitam as hipóteses de extinção do vínculo mantido entre o Estado e o servidor titular de cargo de provimento efetivo.....	77
1.1. Estabilidade.....	78
1.2. Vitaliciedade.....	84
2. Espécies de extinção do vínculo mantido entre o Estado e o servidor titular de cargo.....	86
2.1. Extinção decorrente de ato administrativo.....	87
2.1.1. Exoneração.....	88
2.1.1.1. Exoneração decorrente da inércia do servidor.....	92
2.1.2. Redução de despesas.....	94
2.1.3. Revogação do ato de provimento.....	97
2.1.4. Demissão.....	98
2.1.4.1. Prática de crime contra a Administração Pública.....	103
2.1.4.2. Abandono de cargo.....	104
2.1.4.3. Inassiduidade habitual.....	105
2.1.4.4. Improbidade administrativa.....	106
2.1.4.5. Incontinência pública e conduta escandalosa na repartição.....	107

2.1.4.6. Insubordinação grave em serviço.....	108
2.1.4.7. Ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular.....	109
2.1.4.8. Aplicação irregular de dinheiros públicos.....	109
2.1.4.9. Revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo.....	109
2.1.4.10. Lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional.....	110
2.1.4.11. Corrupção.....	110
2.1.4.12. Acumulação ilegal de cargos públicos.....	111
2.1.4.13. Inobservância dos incisos IX a XVI do art.117 da Lei 8.112/90.....	112
2.1.4.14. Processo administrativo disciplinar.....	113
2.1.5. Pedido de aposentadoria.....	119
2.1.5.1. Custeio da previdência.....	125
2.1.5.2. Proventos.....	128
2.2. Extinção decorrente de fato natural.....	132
2.2.1. Morte.....	133
2.2.2. Invalidez.....	135
2.2.3. Idade-limite.....	137
3. A cassação de aposentaria.....	140
4. Extinção do vínculo mantido com os servidores ocupantes de cargo em comissão.....	142

#### **CAPÍTULO IV**

1. A importância dos princípios.....	148
2. Os princípios do Direito Administrativo.....	152
2.1. Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.....	154
2.2. Princípio da indisponibilidade do interesse público.....	155
2.3. Princípio da legalidade.....	156
2.4. Princípio da finalidade.....	157
2.5. Princípio da razoabilidade.....	159
2.6. Princípio da proporcionalidade.....	160
2.7. Princípio da impessoalidade.....	161
2.8. Princípio da publicidade.....	162
2.9. Princípio da eficiência.....	163
2.10. Princípio da segurança jurídica.....	165
2.11. Princípio da moralidade administrativa.....	166
2.12. Princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos.....	167
2.13. Princípio da motivação.....	168
2.14. Princípios do devido processo legal e da ampla defesa.....	171
2.15. Princípio do controle judicial dos atos administrativos.....	172
3. Os princípios do Direito Administrativo e a motivação do ato de dispensa dos servidores submetidos ao regime da CLT.....	173
4. Hipóteses de estabilidade dos servidores submetidos ao regime da CLT...	182
4.1. A estabilidade do dirigente sindical.....	184
4.2. A estabilidade dos representantes dos empregados junto à CIPA.....	186
4.3. A estabilidade da gestante.....	188
4.4. A estabilidade do acidentado.....	189
4.5 A estabilidade eleitoral.....	190

4.6 A estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição da República.....	191
5. Justas causas dos servidores submetidos ao regime da CLT.....	197
5.1. Os atos de improbidade.....	200
5.2. A incontinência de conduta e o mau procedimento.....	202
5.3. Negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador.....	203
5.4. Condenação criminal.....	204
5.5. Desídia.....	205
5.6. Embriaguez.....	206
5.7. Violação de segredo da empresa.....	207
5.8. Ato de indisciplina ou insubordinação.....	208
5.9. Abandono de emprego.....	210
5.10. Ato lesivo à honra ou boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições.....	211
5.11. Ato lesivo à honra ou boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos.....	214
5.12. Prática constante de jogos de azar.....	215
5.13. Justas causas específicas.....	216
6. Justas causas dos empregadores. Despedida indireta.....	217
6.1. Exigência de serviços superiores à força do trabalhador, defesos por lei, contrários aos bons costumes ou alheios ao contrato.....	218
6.2. Tratamento com rigor excessivo.....	220
6.3. Exposição a perigo manifesto de mal considerável.....	221
6.4. Descumprimento, pelo empregador, das obrigações do contrato.....	222
6.5. Prática, pelo empregador, de atos lesivos à honra ou boa fama do empregado ou de pessoas da sua família.....	223
6.6. Ofensa física praticada pelo empregador.....	223
6.7. Redução da oferta de emprego.....	224
<b>CAPÍTULO V</b>	
1. A nulidade decorrente da ausência de realização de concurso público.....	225
1.1. Existência, validade e eficácia.....	227
1.2. Nulidade e eficácia.....	229
1.3. Efeitos da declaração da nulidade do ato de investidura.....	234
<b>CAPÍTULO VI</b>	
1. Direitos a que farão jus os servidores em virtude do rompimento do vínculo.....	237
2. Competência para apreciar os conflitos entre os servidores estatais e a Administração.....	244
3. Faltas que resultam na exclusão do servidor dos quadros do Estado. Semelhanças e diferenças.....	254
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	260
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	268

## **INTRODUÇÃO**

Ao Estado incumbe buscar a satisfação do interesse público. Para alcançar tal desígnio deve intervir no plano real, praticando atos, prestando serviços, realizando obras, enfim, modificando a realidade existente, de maneira a alcançar a efetivação do bem comum.

Ocorre que o Estado não é dotado de existência real, isto é, não se trata de um ser tangível, mas sim de um ente cuja existência se verifica apenas no plano das idéias.

Assim, para poder atingir os seus objetivos e alcançar a satisfação do interesse público, deve valer-se de pessoas físicas, ou seja, de recursos humanos que atuem em seu nome. São os chamados agentes públicos.

Os agentes públicos podem integrar, ou não, a estrutura do Estado. Aqueles que se subsumem à primeira hipótese, quer dizer, que se inserem nos quadros do Estado, podem estar a ele atrelados em virtude de um liame de natureza política ou ainda mediante vínculo de trabalho, de natureza profissional e caráter não eventual. Nesta última hipótese se inserem os servidores estatais.

Os servidores estatais, porém, representam um gênero, dentro do qual se abrigam diferentes espécies. À diversidade de espécies existente correspondem distintos regimes jurídicos. Assim, hoje, os servidores que integram os quadros do Estado não estão submetidos a um único regime jurídico. Sujeitam-se, em verdade, a regimes jurídicos distintos, dos quais emergem diferentes direitos e deveres. Não se trata, portanto, de um grupo uniforme de trabalhadores, ao qual se possa destinar um tratamento indistinto.

Estas relações estabelecidas entre os servidores e o Estado, contudo, não duram eternamente. Perduram apenas enquanto a sua manutenção se mostra capaz de satisfazer o interesse público. Mesmo os servidores que se encontram resguardados por institutos que limitam a capacidade do Estado de romper o vínculo com eles mantido podem, em determinadas hipóteses, ser excluídos dos quadros daquele.

Conforme visto, porém, os servidores estatais podem estar sujeitos a diferentes regimes jurídicos. Essa diversidade de regimes, ainda que não implique diferenças no que diz respeito ao ingresso nos quadros do Estado, já que este, independentemente do regime a que esteja submetido o servidor, como regra, está condicionado à prévia aprovação em concurso público de provas ou provas e títulos, enseja o surgimento de uma multiplicidade de hipóteses em que o rompimento do liame mantido entre o Estado e o servidor se faz possível.

Assim, de acordo com o regime a que esteja submetido, poderá o servidor estar resguardado por diferentes garantias, que limitarão as possibilidades do Estado de excluí-lo dos seus quadros, bem como farão com que distintas sejam as hipóteses em que esta exclusão seja possível.

Por meio do presente trabalho buscaremos analisar as hipóteses em que o rompimento do vínculo mantido entre o Estado e os servidores estatais se faz possível, nos diferentes regimes a que estes podem estar sujeitos, comparando-as, de maneira a verificar se a submissão do servidor a um ou outro regime dá ensejo a diferenças substanciais no tocante às hipóteses que poderão autorizar a sua exclusão dos quadros do Estado.

A análise do tema será feita com base na Constituição da República, no estatuto dos servidores da União e demais diplomas a estes aplicáveis, bem

como com fulcro na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e na legislação atinente aos trabalhadores submetidos ao regime celetista.

Buscaremos, outrossim, verificar o entendimento adotado no âmbito jurisprudencial no tocante às questões controvertidas a serem abordadas no curso da presente dissertação.

## CAPÍTULO I

### SERVIDORES ESTATAIS

1. Agentes públicos. 1.1. Classificação dos agentes públicos. 2. Regimes jurídicos constitucionalmente admitidos para os servidores públicos. 2.1. Diferenças formais entre o regime estatutário e o regime celetista. 3. Âmbitos de aplicação dos regimes estatutário e celetista. 4. Regime jurídico concernente aos servidores contratados com espeque no art. 37, IX, da Constituição da República.

## 1. AGENTES PÚBLICOS

Consoante entendimento pacificado no âmbito do Direito Público, o Estado possui como função primordial a realização do interesse público. Assim, no exercício das competências que lhe são atribuídas, deve buscar, obrigatoriamente, a satisfação do bem-estar da coletividade.

Contudo, o Estado não é dotado de existência física, ocorrendo apenas no plano ideal. Não se verifica no plano real um ente que se possa chamar de “o Estado”. Logo, para o desempenho das atividades que lhe são confiadas, deve valer-se de recursos humanos.

Esses recursos humanos, empregados pelo Estado para o alcance dos seus objetivos, são os agentes públicos, sujeitos que expressam a vontade do Poder Público, ainda que o façam em caráter meramente eventual<sup>1</sup>. Agente público, portanto, é todo aquele que desempenha funções estatais, enquanto o faz. É o

---

<sup>1</sup> Neste sentido se manifesta Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 227).

exercício do poder estatal que define o agente público, independentemente da frequência com que isto venha a ocorrer.

Logo, aquele que atua em nome do Estado não precisa fazê-lo em caráter permanente para que possa ser reputado agente público. Tampouco precisa manter qualquer espécie de vínculo jurídico com o Poder Público, consoante ensina Diogenes Gasparini, ao definir os agentes públicos como “todas as pessoas físicas que sob qualquer liame jurídico e algumas vezes sem ele prestam serviços à Administração Pública ou realizam atividades que estão sob sua responsabilidade”<sup>2</sup>.

Assim, a noção de agente público é bastante abrangente, abarcando desde o Presidente da República até os particulares que assumem o serviço público em razão do abandono de seus responsáveis, agentes sujeitos, portanto, a regimes jurídicos distintos.

Por conseguinte, a amplitude do conceito permite que dentro do gênero agentes públicos coexistam diferentes espécies, o que dá margem ao surgimento de diversas classificações, que adotam como critérios aglutinadores distintos aspectos, consoante se verá abaixo.

### **1.1. Classificação dos agentes públicos**

Conforme exposto no item precedente, o conceito de agente público é deveras amplo, alcançando diversas espécies de pessoas físicas que atuam desempenhando funções estatais. Essa amplitude ensejou o surgimento, na doutrina, de diversas classificações, que empregam os mais variados critérios

---

<sup>2</sup> GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 133.

distintivos, resultando assim em um número maior ou menor de espécies de agentes públicos.

Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante e Francisco Ferreira Jorge Neto, ao analisarem o tema, subdividem os agentes públicos em: a) *agentes políticos*, que são “os ocupantes dos cargos estruturais da organização político-administrativa geral”; b) *particulares em colaboração com o poder público*, espécie que abarca “os particulares que prestam serviços ao Estado sem um vínculo de trabalho, a título oneroso ou gratuito”; e c) *servidores públicos*, “pessoas físicas que possuem um liame de trabalho com o Estado e às entidades da Administração indireta mediante remuneração prestam serviços”<sup>3</sup>. Os servidores públicos, por sua vez, são subdivididos pelos citados autores em civis e militares, ou ainda em servidores estatutários, empregados públicos e temporários.

Regis Fernandes de Oliveira, por sua vez, classifica os agentes públicos em: a) agentes políticos, categoria na qual se inserem, além dos integrantes da “alta administração”, os membros do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Ministério Público; b) servidores públicos, que podem ser estatutários, celetistas e temporários; c) particulares em colaboração com a Administração; d) militares; e d) servidores de Estatais<sup>4</sup>.

Debruçando-se sobre o tema, Diogenes Gasparini propõe classificação diversa. Assevera que os agentes públicos podem ser subdivididos em cinco categorias distintas, a saber, agentes políticos, agentes temporários, agentes de colaboração, servidores governamentais e servidores públicos<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *O empregado público*. São Paulo: LTr, 2002, p. 37-40.

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Servidores públicos*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 10-13.

<sup>5</sup> Op. cit., p. 133-247.

Segundo as lições do citado autor, os agentes políticos são os titulares dos cargos da mais alta hierarquia da organização da Administração Pública, responsáveis pela formação da vontade superior desta. Os agentes temporários, por sua vez, são aqueles contratados com espeque no art. 37, IX, da Constituição da República, por tempo determinado, para atender necessidade temporária de excepcional interesse público. Já os agentes em colaboração são as pessoas físicas que prestam serviços à Administração Pública, por vontade própria, por requisição ou com a sua concordância. Os servidores governamentais, segundo lições do citado autor, são aquelas pessoas que mantêm vínculo de emprego com as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações privadas. Por fim, os servidores públicos, que são as pessoas físicas que se ligam sob regime de dependência à Administração Pública direta, indireta, autárquica e fundacional pública, mediante relação de natureza profissional e permanente, e subdividem-se, a depender da natureza do vínculo mantido, em servidores estatutários e servidores celetistas.

Muitas outras classificações poderiam ser apontadas. Contudo, acreditamos que aquelas acima mencionadas são suficientes para evidenciar a diversidade existente na doutrina.

No presente trabalho, por entendermos tratar-se da classificação que melhor retrata a diversidade de agentes existente, bem como as peculiaridades inerentes a cada um deles, adotaremos aquela proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>6</sup>, acolhida também, com pequenas adaptações, por Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> *Curso de direito administrativo*, cit., p. 226-33.

<sup>7</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 431.

Assim, seguindo as lições do citado autor, inicialmente dividimos os agentes públicos em três grandes grupos, a saber: a) agentes políticos; b) servidores estatais; e c) particulares em colaboração com o Poder Público.

Os *agentes políticos* são os responsáveis pela definição dos rumos da atuação estatal, integrando os cargos fundamentais da organização política do país. São, portanto, nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello, “os formadores da vontade superior do Estado”<sup>8</sup>, ou seja, são os integrantes do primeiro escalão do Governo. Podem ser classificados como agentes políticos o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos, os Ministros, os Secretários, os Senadores, os Deputados, entre outros.

Os *servidores estatais*, por sua vez, são as pessoas físicas que mantêm com o Estado e com as entidades da Administração indireta liame de trabalho, de natureza profissional e caráter não eventual, sob vínculo de dependência. Estes podem ser subdivididos em servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de Direito Privado.

Os servidores públicos são aqueles que, dentro do gênero servidores estatais, mantêm vínculo com a União, Estados, Distrito Federal, Municípios, bem como com as respectivas autarquias e fundações de Direito Público. Os servidores públicos podem ser titulares de cargos ou empregos públicos.

Já os servidores das pessoas governamentais de Direito Privado são aqueles que, conforme o próprio nome já enuncia, se encontram vinculados às empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de Direito Privado mantidas pelo Poder Público.

---

<sup>8</sup> *Curso de direito administrativo*, cit., p. 229.

Por fim, dentro do gênero agentes públicos, inserem-se ainda os *particulares em colaboração com o Poder Público*, categoria que abrange todas as pessoas físicas que, sem integrarem a estrutura do Estado, exercem função pública. Estão inseridos na aludida categoria: a) os particulares que são requisitados para o cumprimento de função pública, tais como os jurados e os mesários; b) aqueles que por vontade própria assumem a gestão da coisa pública, em virtude de situação anômala, para satisfazer necessidade pública premente; c) os contratados por locação de serviço; e d) os concessionários e permissionários de serviços públicos, assim como os delegados de função ou ofício público.

## **2. REGIMES JURÍDICOS CONSTITUCIONALMENTE ADMITIDOS PARA OS SERVIDORES PÚBLICOS**

Consoante visto anteriormente, o conceito de servidores públicos abarca, além dos agentes vinculados à Administração direta, também aqueles que mantêm vínculo com algumas entidades da Administração indireta. Trata-se, portanto, de sujeitos subordinados a entidades distintas, pelo que se torna imprescindível apurar-se, para os fins do presente trabalho, os regimes jurídicos a que se submetem.

Entende-se por regime jurídico o sistema de normas que disciplinam determinada relação jurídica. Assim, no tocante aos servidores estatais, afirma-se que o regime jurídico representa o conjunto de direitos e deveres a que esses agentes passam a submeter-se a partir do momento em que se concretiza o vínculo que os une à Administração.

No tocante aos servidores públicos, com vistas à aplicação do princípio da isonomia, a Constituição de 1988, originalmente, previa a obrigatoriedade de adoção de regime jurídico único, versando, em seu art. 39, *caput*, que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas”.

A redação originalmente dada ao dispositivo em comento deu margem a inúmeras discussões, especialmente no que tange à definição de qual seria o “*regime jurídico único*” preconizado pela Constituição Federal.

Havia quem, como Toshio Mukai, entendia que o regime jurídico era único, mas não unificado. Neste sentido, asseverava o citado autor que:

o princípio da autonomia dos entes federativos impõe a liberdade de escolha, de tal sorte que na administração direta possa ser, p. ex., o estatutário, e, em qualquer das duas outras, o mesmo regime ou celetista. Fora o mesmo, o constituinte teria dito unificado e não único<sup>9</sup>.

Outros, porém, a exemplo de Hely Lopes Meirelles<sup>10</sup>, afirmavam que o regime jurídico único apenas poderia ser o estatutário.

Aqueles que sustentavam tal entendimento o faziam com base em três fundamentos principais, a saber: a) a impossibilidade de os Estados, Distrito Federal e Municípios legislarem sobre direito do Trabalho (art. 22, I, da Constituição da República), o que impediria pudessem disciplinar o vínculo mantido com os seus servidores, na hipótese de adotar-se o regime trabalhista; b) com o regime trabalhista aplicar-se-iam aos servidores os direitos elencados no art. 7º, da CF, e

---

<sup>9</sup> MUKAI, Toshio. O regime jurídico dos servidores públicos. *Revista LTr*, São Paulo, v. 54, n. 6, p. 651.

<sup>10</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 363.

não no § 2º do art. 39; e c) o fato de o Texto Constitucional utilizar os termos “nomeação” e “cargo” ao tratar do servidor público, em seus arts. 37, 39, 40 e 41, o que denotaria não estaria se referindo ao regime trabalhista.

Afirmava-se ainda, em favor do entendimento de que o regime jurídico único seria o estatutário, que o regime celetista seria incompatível com o interesse público. Assim posicionava-se, entre outros, Sérgio Luiz Barbosa Neves, afirmando que “não pode a Administração valer-se do regime celetista para contratar pessoal. O interesse público, finalidade primordial da Administração, não se compatibiliza com este regime”<sup>11</sup>. Isso porque, consoante entendimento daqueles que assim se posicionavam, somente o regime estatutário ofereceria as garantias imprescindíveis para a realização do interesse público.

Também Adilson Abreu Dallari<sup>12</sup> preconizava que o regime jurídico único somente poderia ser o estatutário.

Por fim, havia também quem, como Guilherme José Purvin de Figueiredo, entendia que “a Constituição Federal estabeleceu um regime jurídico único determinado à Administração Indireta (o regime celetista) e um regime jurídico único (ainda indeterminado) à Administração direta, autárquica e fundacional”<sup>13</sup>.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, a discussão acerca do regime jurídico único encerrou-se. Isso porque a aludida emenda, alterando o texto original da Constituição, extinguiu a obrigatoriedade de implantação do regime jurídico único.

---

<sup>11</sup> NEVES, Sérgio Luiz Barbosa. Regime jurídico único e os servidores municipais. *Revista LTr*, São Paulo, v. 54, n. 1, p. 5.

<sup>12</sup> DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 46.

<sup>13</sup> FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *O Estado no direito do trabalho: as pessoas jurídicas de direito público no direito individual, coletivo e processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996, p. 46.

Dessa forma, passou a Constituição a admitir a contratação de servidores pela Administração, submetidos tanto ao regime estatutário, como, também, regidos pela legislação trabalhista, ou seja, sujeitos ao regime celetista<sup>14</sup>, pelo que se faz imprescindível compreender as diferenças existentes entre os dois regimes mencionados.

Em virtude de acontecimentos recentes, a discussão a respeito de qual seria o regime jurídico único previsto na Constituição da República, contudo, ameaça retomar a sua importância. Isso porque, por meio de decisão publicada no *Diário Oficial da União*, veiculado no dia 14-8-2007, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, deferiu parcialmente a medida cautelar postulada na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.135-4, determinando a suspensão da eficácia do art. 39, *caput*, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional n. 19, de 1998. Consignou, no entanto, a Corte Suprema, que a decisão proferida “terá efeitos *ex nunc*, subsistindo a legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa”, especialmente no que diz respeito aos servidores admitidos antes da mencionada declaração.

Assim, em virtude da decisão proferida, o artigo em questão voltou a ter a sua redação original, que prevê a obrigatoriedade de adoção de regime jurídico único, no tocante aos servidores que ingressaram nos quadros do Estado após a sua publicação.

---

<sup>14</sup> No âmbito da Administração federal direta, autárquica e fundacional, aos servidores titulares de empregos públicos, aplica-se a Lei n. 9.962, de 22-2-2000, diploma editado com o escopo de disciplinar o regime de emprego público de tais servidores. Assim, o vínculo pela Administração com estes será regido primordialmente pela mencionada legislação, somente admitindo-se a incidência da CLT (Dec.-Lei n. 5.452/43) e da legislação trabalhista correlata naquilo em que aquela não dispuser em contrário.

## 2.1. Diferenças formais entre o regime estatutário e o regime celetista

Dois são os regimes jurídicos aos quais podem estar submetidos os servidores públicos que atualmente integram os quadros do Estado, a saber, o regime estatutário e o celetista.

Tais regimes diferem entre si não apenas no que diz respeito aos direitos e deveres que prevêm<sup>15</sup>, mas também no que concerne a aspectos formais relacionados, por exemplo, ao surgimento do liame e à possibilidade de sofrerem alterações durante a vigência do vínculo mantido entre as partes.

O regime estatutário mostra-se distinto do celetista já no tocante ao surgimento do vínculo a ser mantido entre o servidor e o Estado. Afinal, enquanto neste o liame entre as partes surge em virtude de um acordo de vontades, por meio do qual são estipulados os direitos e deveres de cada uma delas, no regime estatutário a admissão do servidor, consoante pontua Maria Paula Dallari Bucci, “se rege pelo estatuto – a lei própria –, criando-se entre o indivíduo e o Estado um vínculo de natureza institucional”<sup>16</sup>.

Em assim sendo, ao contrário do que ocorre com relação aos servidores submetidos ao regime celetista, no tocante aos vinculados ao regime estatutário podemos afirmar que o servidor adere à vontade do Estado, submetendo-

---

<sup>15</sup> Importante salientar que, no tocante aos direitos e deveres que prevê, o regime estatutário, em alguns aspectos, se assemelha ao celetista, em virtude do quanto disposto no § 3º, do art. 39, da Constituição da República. Isso porque o dispositivo em questão expressamente determina a aplicação aos servidores ocupantes de cargo público, portanto, submetidos ao regime estatutário, do quanto disposto nos incisos IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX do art. 7º da Carta Magna, artigo que, nos dizeres de Alice Monteiro de Barros, “arrola os direitos sociais dos empregados urbanos e rurais” (*Curso de direito do trabalho*, 3. ed., São Paulo: LTr, 2007, p. 75). Trata-se, portanto, de dispositivo que representa a base constitucional do regime celetista, pelo que, a sua aplicação, ainda que parcial, aos servidores submetidos ao regime estatutário, aproxima tal regime daquele.

<sup>16</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Regimes jurídicos dos servidores públicos: aplicação do regime geral dos empregados à administração pública. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 14, p. 201, 1996.

se aos direitos e deveres previamente previstos na lei<sup>17</sup>. A manifestação de vontade do particular se limita ao nascimento do vínculo.

Dessa forma, no regime estatutário os direitos e deveres das partes são impostos unilateralmente pelo Estado, decorrem do estatuto por este editado. O Estado, portanto, goza da prerrogativa de, desde que observadas as limitações impostas pela Constituição, modificar legislativamente o regime jurídico de seus servidores.

Por conseguinte, sendo alterada a lei, ou seja, o estatuto que disciplina o vínculo mantido entre as partes, o servidor não pode se opor às mudanças introduzidas, que passam a produzir efeitos a partir de então (*ex nunc*), uma vez que não possui a garantia de que as condições vigentes à época do surgimento do vínculo serão mantidas.

A situação afigura-se completamente diversa, contudo, no que concerne aos servidores submetidos ao regime celetista. Isso porque, uma vez celebrado o contrato de trabalho entre as partes, este, na forma do quanto disposto no art. 468 da CLT, somente poderá ser modificado mediante mútuo acordo. Não pode o Estado, dessa forma, alterar unilateralmente o conjunto de direitos e deveres estipulados quando do surgimento do vínculo mantido com o servidor, seja para suprimir benefícios, seja para impor novos ônus. A única alteração unilateral que se admite no contrato de trabalho é aquela destinada a conceder benefícios ao servidor. Qualquer mudança que não tenha como escopo conferir ao servidor novos benefícios será nula, salvo aquela que decorrer de alteração promovida no ordenamento jurídico.

---

<sup>17</sup> Neste sentido se manifesta Marçal Justen Filho (*Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 579).

No tocante aos aspectos formais, entendemos que a principal diferença entre os regimes celetista e estatutário diz respeito justamente à possibilidade de a Administração alterar unilateralmente os direitos e deveres das partes, existente unicamente no regime estatutário.

Afinal, em que pese ser possível às partes, no regime celetista, fixar, mediante mútuo acordo, os direitos e deveres recíprocos, na prática, não é o que se verifica. Isso porque, estando a contratação de servidores, via de regra, condicionada à realização de concurso público, não há como se falar em negociação prévia com o escopo de fixar os direitos e deveres das partes.

Em verdade, o que ocorre é que o servidor aprovado em concurso público, ainda que para submeter-se ao regime celetista, adere aos direitos e deveres impostos pelo Estado por meio da legislação trabalhista, na forma prevista no edital do certame. Ao contrário do que ocorre nas relações mantidas entre os particulares, não há espaço para discussão entre as partes, seja no tocante às condições de trabalho, seja no que diz respeito à remuneração a ser paga.

Assim, tal como ocorre no regime estatutário, também no celetista, naquilo que concerne às condições do vínculo a ser mantido entre as partes, o servidor se submete à vontade do Estado, que emerge dos dispositivos legais que compõem a legislação trabalhista. O simples fato de tais dispositivos regerem também os vínculos de emprego mantidos entre os particulares não altera a situação, na medida em que não deixam de representar uma manifestação do Estado.

### 3. ÂMBITOS DE APLICAÇÃO DOS REGIMES ESTATUTÁRIO E CELETISTA

Elucidada a possibilidade de adoção, pela Administração, dos regimes estatutário e celetista, urge analisar os âmbitos de aplicação de tais regimes.

Neste aspecto, cumpre primeiramente esclarecer que os servidores públicos podem ser titulares de cargos, funções ou empregos.

Cargos públicos, nas sempre precisas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, são:

[...] as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e criadas por lei, salvo quando concernentes aos serviços auxiliares do Legislativo, caso em que se criam por resolução, da Câmara ou do Senado, conforme se trate de serviços de uma ou de outra destas casas<sup>18</sup>.

Os servidores titulares de cargos submetem-se ao regime estatutário, já analisado em item precedente, criado especificamente para disciplinar as relações que mantêm com o Estado.

Os empregos públicos representam, assim como os cargos públicos, uma unidade de atribuições. Contudo, o vínculo que une os servidores titulares de empregos públicos ao Estado é de natureza contratual, de maneira que estes se submetem à legislação trabalhista que se aplica aos contratos de emprego celebrados entre os particulares, a CLT<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> *Curso de direito administrativo*, cit., p. 233.

<sup>19</sup> Neste sentido se manifesta Maria Sylvia Zanella Di Pietro (op. cit., p. 431).

Já as funções públicas, ainda nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, são “plexos unitários de atribuições, criados por lei, correspondentes a encargos de direção, chefia ou assessoramento, a serem exercidas por titular de cargo efetivo, da confiança da autoridade que as preenche”<sup>20</sup>. Assemelham-se, portanto, aos cargos em comissão. Entretanto, em virtude do disposto no art. 37, V, da Constituição da República, devem ser ocupadas por servidores titulares de cargos em provimento efetivo. Assim, também os servidores titulares de funções públicas submetem-se ao regime estatutário.

Assim, pois, conforme seja titular de cargo, emprego ou função, estará submetido o servidor ao regime estatutário ou ao regime celetista.

Contudo, importa perquirir se a Administração é livre para escolher entre os regimes estatutário e celetista<sup>21</sup>. Pode simplesmente optar pela criação de cargos ou empregos públicos? Converge a doutrina no sentido de apresentar resposta negativa ao questionamento formulado. Indaga-se, no entanto, qual seria o âmbito de aplicação de tais regimes. Qual o regime a ser adotado como regra geral?

No tocante às empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de Direito Privado, a questão não enseja maiores discussões. Afinal, em se tratando de pessoas jurídicas de Direito Privado, não há como se falar em cargos,

---

<sup>20</sup> *Custo de direito administrativo*, cit., p. 234.

<sup>21</sup> Por meio do Projeto de Lei n. 57, de 1999 (n. 4.811, de 1998, na Câmara dos Deputados), tentou-se delimitar, ao menos em parte, o âmbito de aplicação dos regimes estatutário e celetista. Dispunha o aludido Projeto de Lei, em seu art. 1º, que seriam regidos pela Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, os ocupantes de cargos públicos de provimento efetivo das carreiras de I – Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional e Assistente Jurídico da Advocacia-Geral da União; II – Procurador e Advogado dos órgãos vinculados à Advocacia-Geral da União; Defensor Público da União; III – Policial Federal, Rodoviário Federal e Policial Ferroviário Federal; e IV – de carreiras cujos cargos sejam privativos de brasileiro nato. Dispunha ainda o mencionado Projeto de Lei, em seu art. 2º, que seria regido pela CLT e legislação trabalhista correlata o pessoal admitido na Administração Federal direta, autárquica e fundacional para empregos públicos, no exercício de atividades não compreendidas nas carreiras mencionadas pelo art. 1º. Pretendia-se, portanto, demarcar um feixe de servidores que jamais poderiam estar submetidos ao regime celetista. Contudo, o mencionado art. 1º foi vetado pelo Chefe do Executivo.

mas apenas em empregos, pelo que, no que concerne aos servidores das pessoas governamentais de Direito Privado, a adoção do regime celetista se impõe.

As divergências, porém, se manifestam no que diz respeito aos servidores públicos.

Analisando o assunto, parte da doutrina defende a restrição do âmbito de aplicação do regime estatutário, alegando que apenas funções típicas do Estado demandariam a criação de cargos públicos. Neste sentido são as lições de Marcos Juruena Villela Souto, que afirma:

A Administração moderna deve buscar uma estrutura “enxuta”, na qual só deve haver cargos públicos para funções típicas do estado, a exigir o uso do poder de império (segurança, defesa do território, limitação de liberdade ou imposição de penalidades) ou independência para as funções de fiscalização e controle de legalidade dos atos da Administração. Às demais funções, ainda que de natureza permanente, não devem corresponder cargos públicos, devendo ser admitida a terceirização pela via do contrato administrativo de prestação de serviços, ou a utilização do regime celetista<sup>22</sup>.

Assim, na forma do entendimento preconizado pelo citado autor, o regime estatutário seria a exceção, somente sendo aplicável a um número restrito de servidores.

Na mesma linha, em posicionamento, entretanto, mais abrangente, José dos Santos Carvalho Filho, ao discorrer acerca da matéria, assevera:

[...] não há qualquer dúvida de que algumas carreiras realmente não comportam, por sua natureza particular, a incidência do regime de emprego público e devem continuar sujeitas ao regime estatutário, sejam ou não consideradas as respectivas funções como “atividades exclusivas de Estado”. Citem-se, para exemplificar, as carreiras de diplomacia, fiscalização, polícia, advocacia pública e a carreira militar em geral. Por conseguinte, o regime de emprego público será

---

<sup>22</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. Servidores públicos. In: *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 24/98, Caderno 1, p. 631.

o adequado para os servidores que executam as funções normais de apoio técnico e administrativo em geral, os quais, verdade seja dita, formam a maioria esmagadora dentro dos servidores públicos<sup>23</sup>.

Do trecho acima transcrito depreende-se que também José dos Santos Carvalho Filho entende que, como regra geral, deve a Administração aplicar o regime celetista, adotando, apenas excepcionalmente, o regime estatutário.

Manifestando entendimento distinto, Regis Fernandes de Oliveira afirma que:

[...] o Constituinte cuidou de indicar o regime estatutário, em diversos dispositivos, para deixar claro que pretendia que os serviços públicos fossem prestados por servidores admitidos, mediante um regime específico, que identificou ao longo de dispositivos apropriados (arts. 37 e seguintes)<sup>24</sup>.

Com base em tal premissa, sustenta o autor que o regime a ser adotado pela Administração deve ser o estatutário. Tal entendimento nos parece o mais adequado por diversos motivos, a seguir abordados.

Inicialmente, não se pode perder de vista que aos servidores titulares de cargos o legislador constituinte assegurou uma série de garantias, como, por exemplo, a irredutibilidade de vencimentos (art. 37, XV), a estabilidade (art. 41) e o direito à disponibilidade (art. 41, §§ 2º e 3º), muitas vezes não existentes em relação aos servidores submetidos ao regime celetista.

Equivocado seria imaginar que a outorga de tais benefícios se deu unicamente em razão de mera opção do legislador, vazia de conteúdo. Afinal, consoante pontua Celso Ribeiro Bastos, “o poder é [...] um meio e não um fim em si

---

<sup>23</sup>CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 469.

<sup>24</sup> *Servidores públicos*, cit., p. 34.

mesmo. Consiste no instrumento de que se vale o Estado para atingir o seu bem comum, sua verdadeira finalidade”<sup>25</sup>. Assim, na qualidade de agente público, também o legislador, ao atuar, deve ter como meta a satisfação do interesse público. Não pode simplesmente outorgar privilégios, sem que isto contribua para a satisfação do bem comum. Até porque, conforme alerta Caio Tácito, “a validade da norma de lei, ato emanado do Legislativo, igualmente se vincula à observância da finalidade contida na norma constitucional que fundamenta o poder de legislar”<sup>26</sup>.

Desta forma, se aos servidores titulares de cargos foram asseguradas determinadas prerrogativas especiais, isto se deu em virtude de serem estas indispensáveis para que tais servidores possam atuar com independência, tendo como escopo unicamente a realização do interesse público. Não se trata, por conseguinte, de privilégios desprovidos de finalidade específica. Nessa linha de raciocínio, o regime estatutário é o que melhor se compatibiliza com a satisfação do interesse público, na medida em que, de certa forma, garante ao servidor público a segurança e independência necessárias à satisfação daquele, pelo que deve ser adotado como regra geral pela Administração.

Corroborando tal entendimento, destaque-se que o legislador constituinte conferiu especial atenção ao regime estatutário, traçando o seu perfil em diversos incisos e artigos, dedicando-se, portanto, a compor regime distinto do trabalhista. Ora, se assim agiu, conforme alerta Celso Antônio Bandeira de Mello, “certamente não o fez para permitir que depois tal regime fosse desprezado e adotado regime laboral comum”<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 8.

<sup>26</sup> TÁCITO, Caio. Desvio de poder legislativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 1, p. 68, 1993.

<sup>27</sup> *Curso de direito administrativo*, cit., p. 238.

Do exposto, entendemos que, no tocante aos servidores públicos, o regime estatutário deve ser a regra geral.

Não se pode olvidar, contudo, que o legislador assegurou a possibilidade de aplicação aos servidores públicos do regime celetista. Este, porém, em razão de tudo quanto restou acima aduzido, somente pode ser aplicado quando isto não implicar prejuízo para o interesse público. Somente aquelas atividades nas quais as prerrogativas asseguradas pelo regime estatutário não sejam indispensáveis para a satisfação do interesse público poderão ser desempenhadas sob a égide do regime celetista.

Assim, acolhendo lição de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>28</sup>, acreditamos que apenas os servidores responsáveis pelo desempenho de atividades materiais subalternas podem ser contratados sob o regime celetista.

#### **4. REGIME JURÍDICO CONCERNENTE AOS SERVIDORES CONTRATADOS COM ESPEQUE NO ART. 37, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA**

A Constituição da República, em seu art. 37, IX, autoriza a contratação de servidores “por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”, reservando à lei a tarefa de definir as hipóteses em que esta será admitida.

Trata-se, portanto, de vínculo com prazo de duração determinado, celebrado para atender a necessidade temporária. Neste particular, cumpre salientar

---

<sup>28</sup> *Curso de direito administrativo*, cit., p. 241-2.

que o caráter temporário da necessidade é indispensável, e poderá decorrer da própria natureza da atividade a ser desempenhada, que, por ser transitória, não justifica a criação de cargo ou emprego, nem a realização de concurso público, ou do fato de não haver tempo hábil para realizar-se dito certame, sem prejuízo do interesse público. Nessa última hipótese, o vínculo terá a duração equivalente à necessária para a realização do concurso. Demais disso, impende ressaltar, com destaque, que o interesse público a ser satisfeito deve ser de caráter excepcional.

Os servidores contratados com espeque no art. 37, IX, da Carta Magna, submetem-se a regime contratual. Entendemos que o legislador, ao asseverar que a lei estabelecerá os casos de *contratação*, afastou expressamente o regime estatutário que, consoante visto anteriormente, não possui natureza contratual. Por conseguinte, como regra geral, tais servidores sujeitam-se ao regime celetista.

Situação peculiar, contudo, verifica-se no âmbito federal. Isso porque, a União Federal, ao amparo do dispositivo constitucional mencionado, editou a Lei n. 8.745<sup>29</sup>, de 9-12-1993, objetivando definir diversos casos considerados de necessidade temporária de excepcional interesse público. Ocorre que o diploma em questão, em seu art. 11, determina a aplicação, aos servidores contratados por tempo determinado, de diversos dispositivos da Lei n. 8.112/90, que dispõe “sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais”.

Assim, entendemos que, no tocante a tais servidores, a aplicação da CLT somente se faz possível naquilo em que não conflitar com aqueles dispositivos da Lei n. 8.112, mencionados pelo art. 11, da Lei n. 8.745. Estabeleceu-se, desta

---

<sup>29</sup> Alterada pela Lei n. 9.849, de 26-10-1999, e pela Lei n. 10.667, de 14-5-2003.

forma, regime *híbrido*, permeado por disposições atinentes aos regimes estatutário e celetista.

## CAPÍTULO II

### ACESSIBILIDADE AOS CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS

1. Acessibilidade aos cargos e empregos públicos. 1.1. Concurso público. 1.1.1. Prazo de validade do concurso e direito de preferência. 1.1.2. Direito de ser nomeado. 2. Contratação por tempo determinado. 3. Cargos em comissão. 4. O papel dos Tribunais de Contas no provimento de cargos e empregos públicos. 4.1. O papel do registro efetuado pelos Tribunais de Contas no processo de admissão de servidores. 5. Terceirização na Administração Pública. 5.1. Responsabilidade patrimonial do Estado pelos serviços terceirizados.

#### 1. ACESSIBILIDADE AOS CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS

A Constituição da República de 1988, em seu art. 37, I, alterado pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998, assegura a acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas “aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei”<sup>30</sup>.

Em sua redação original<sup>31</sup>, o dispositivo em comento assegurava a acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas apenas aos brasileiros que preenchessem os requisitos estabelecidos em lei. Assim, a investidura de

<sup>30</sup> A lei responsável por estabelecer os requisitos a serem preenchidos pelo candidato é da entidade política titular do cargo ou emprego que se encontra vago. Assim, no tocante ao Executivo, essa lei será de iniciativa exclusiva do Chefe desse Poder, na forma do quanto disposto no art. 61, § 1º, II, e, da Constituição da República. No que diz respeito ao Judiciário e ao Ministério Público, a iniciativa desta lei competirá, respectivamente, aos Tribunais Superiores, em virtude do disposto no art. 96, I, b, e II, b, da Carta Magna, e ao Ministério Público, em razão do disposto no art. 127, § 2º, do aludido diploma. Já quanto ao Legislativo a fixação de tais requisitos se dá por meio de resolução, de iniciativa exclusiva do Chefe desse Poder, consoante se denota dos arts. 51, IV, e 52, XIII, da Carta Magna.

<sup>31</sup> “Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, e também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei; (...)”

estrangeiros em cargos, empregos e funções públicas ficava vedada, salvo na hipótese de tratar-se de portugueses com residência permanente no Brasil, desde que houvesse reciprocidade em favor dos brasileiros (art. 12, II, § 1º, da CF/88).

Com o advento da Emenda Constitucional n. 11, de 30-4-1996, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao art. 207 da CF de 1988, as universidades e as instituições de pesquisa científica e tecnológica passaram a poder admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros.

Hoje, em virtude das alterações promovidas pela Emenda Constitucional n. 19/98, a investidura de estrangeiros em cargos, empregos e funções públicas passou a ser amplamente admitida.

Analisando-se o dispositivo em comento, contudo, verifica-se a existência de duas normas, uma que diz respeito à acessibilidade de brasileiros e outra concernente à acessibilidade de estrangeiros, além de dupla referência à lei. A primeira norma é de eficácia contida, na medida em que a lei que menciona não cria o direito, mas pode restringi-lo, prevendo requisitos para o seu exercício, desde que esses não impeçam a correta observância do princípio da ampla acessibilidade aos cargos, funções e empregos públicos. Já a norma que trata da acessibilidade de estrangeiros, nas palavras de José Afonso da Silva, é de “eficácia limitada, pois que o exercício do direito nela estatuído depende de forma a ser estabelecida em lei”<sup>32</sup>.

A amplitude da norma atinente à acessibilidade dos estrangeiros aos cargos, funções e empregos públicos, no entanto, encontra limitações na própria Constituição. Com efeito, a Carta Magna, em seu art. 12, § 3º, expressamente enuncia os cargos que são privativos de brasileiros natos, quais sejam: I – de Presidente e Vice-Presidente da República; II – de Presidente da Câmara dos

---

<sup>32</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 659.

Deputados; III – de Presidente do Senado Federal; IV – de Ministro do Supremo Tribunal Federal; V – da carreira diplomática; VI – de oficial das Forças Armadas; e VII – de Ministro de Estado da Defesa. Tais cargos, independentemente de qual seja o tratamento dado à questão pelo legislador ordinário, em virtude da sua importância estratégica dentro da estrutura do Estado, não poderão ser ocupados por estrangeiros, nem por brasileiros naturalizados.

Ainda no que concerne às limitações à acessibilidade dos estrangeiros aos cargos, empregos e funções públicas, importante destacar que, conforme leciona Celso Ribeiro Bastos, “não pode a lei ordinária definir outros cargos como privativos de brasileiros na condição de nato”<sup>33</sup>. Assim, eventuais restrições impostas aos brasileiros naturalizados, bem como aos estrangeiros, neste particular, deverão decorrer diretamente do texto constitucional, não podendo ser impostas pelo legislador ordinário.

### **1.1. Concurso público**

Em virtude do quanto disposto no art. 37, II, da Constituição da República de 1988, a investidura em cargo ou em emprego público, salvo exceções previstas na Carta Magna, que serão posteriormente abordadas, fica condicionada à prévia aprovação em concurso público<sup>34</sup>. Assim, o provimento de cargos e empregos

---

<sup>33</sup> *Curso de direito administrativo*, cit., p. 413.

<sup>34</sup> Marçal Justen Filho, definindo concurso público, afirma tratar-se de “um procedimento conduzido por autoridade específica, especializada e imparcial, subordinado a um ato administrativo prévio, norteado pelos princípios da objetividade, da isonomia, da legalidade, da publicidade e do controle público, destinado a selecionar os indivíduos mais capacitados para serem providos em cargos públicos de provimento efetivo ou em emprego público” (op. cit., p. 585).

públicos, ainda que no âmbito da Administração Pública indireta<sup>35</sup>, depende da prévia realização de concurso público.

Note-se, neste particular, que o legislador constituinte alterou a sistemática adotada pela Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, que, em seu art. 97, § 1º, condicionava à prévia aprovação em concurso público apenas a “primeira investidura em cargo público”. No texto atual da Carta Magna não se fala mais em *primeira investidura*. Buscou o legislador constituinte, portanto, coibir prática usualmente adotada anteriormente, de guindar a cargos de hierarquia mais elevada, muitas vezes sem qualquer relação funcional com o de origem, servidores aprovados para cargos de hierarquia inferior, conferindo-lhes, por conseqüência, vencimentos superiores aos do cargo original, sob o fundamento de que não se tratava da primeira investidura.

Em que pese a clareza do dispositivo em comento, diversos entes federados permaneceram editando diplomas legais que buscavam burlar a regra do concurso público. Assim, com o escopo de dirimir, em definitivo, eventuais dúvidas que porventura ainda pudessem existir e pacificar o entendimento acerca da questão, o Supremo Tribunal Federal, em outubro de 2003, editou a Súmula 685<sup>36</sup>, que assevera que “é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público, destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”.

---

<sup>35</sup> Durante algum tempo discutiu-se a real extensão do dispositivo em comento. No âmbito do Tribunal de Contas da União, por meio da decisão n. 172/1996, relatada pelo Ministro Adhemar Paladini Ghisi, proferida no processo n. 017.062/93-4 e publicada no *Diário Oficial da União* de 2-7-1990, na seção 1, p. 12115, consagrou-se exegese ampla, por meio da qual se preconizava que a norma em questão abrangia também as entidades da Administração indireta, ainda que exploradoras de atividade econômica. Também o Supremo Tribunal se manifestou a respeito da questão, pacificando, por meio de acórdão proferido quando do julgamento da ADIn 231-1/RJ, relatada pelo Ministro Moreira Alves, publicado no *Diário da Justiça* de 13-11-1992, seção 1, p. 4930, o entendimento de que a norma do art. 37, II, é compatível e harmoniza-se com a do art. 173, § 1º, da Constituição.

<sup>36</sup> Publicada no *DJU* de 9-10-2003 e 13-10-2003.

A obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso público para investidura em cargo ou emprego público representa, nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “a institucionalização do sistema de mérito para o preenchimento ordinário”<sup>37</sup> dos cargos e empregos públicos.

Dessa forma, com a realização do concurso público busca-se não apenas preservar o princípio da isonomia, garantindo-se que todos os candidatos interessados em ocupar o cargo ou emprego vago possam concorrer em igualdade de condições, mas também resguardar os princípios da moralidade, coibindo-se a adoção de critérios de seleção escusos, baseados unicamente em interesses meramente individuais, e da eficiência. Trata-se de procedimento concorrencial, que busca assegurar sejam selecionados os indivíduos melhor habilitados para desempenhar de forma eficaz as tarefas inerentes ao cargo ou emprego que se busca preencher.

Como procedimento concorrencial, conforme lecionam Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro de Queiroz, o concurso público se subordina a princípios específicos:

Em conseqüência, os processos concorrenciais, além de se subordinarem aos princípios gerais do processo administrativo (igualdade, razoabilidade, motivação, interesse público etc.), sujeitam-se aos postulados próprios, tais como, o princípio da vinculação ao edital, o princípio da competitividade, o princípio da seletividade e o princípio proibitivo da quebra da ordem de classificação [...]<sup>38</sup>.

A seleção dos candidatos interessados em preencher os cargos e empregos vagos, de acordo com o disposto no art. 37, II, da Carta Magna, será feita

---

<sup>37</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 202.

<sup>38</sup> MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 23.

mediante a realização de provas, por meio das quais se comprova direta e imediatamente a aptidão do interessado, ou mediante a realização de provas e análise de títulos, que comprovam indiretamente a capacidade do interessado, evidenciando experiência anterior em atividades relevantes e pertinentes ao objeto do concurso. Desde a Constituição de 1967<sup>39</sup> a realização de seleção com base unicamente na análise de títulos não se faz mais possível, sendo obrigatória a efetivação de provas destinadas a avaliar a aptidão do candidato ao cargo ou emprego a ser ocupado.

A Constituição da República não estabelece forma a ser necessariamente adotada quando da realização dos concursos públicos. Assim, não existe a obrigatoriedade de adoção de um procedimento específico. Aconselha Hely Lopes Meirelles, porém, que os concursos “sejam precedidos de uma regulamentação legal ou administrativa, amplamente divulgada, para que os candidatos se inteirem de suas bases e matérias exigidas”<sup>40</sup>, adotando posição também albergada por Marçal Justen Filho, para quem “a disciplina constitucional do concurso público exige a eleição predeterminada de requisitos de participação e de critérios de julgamento, que deverão constar de ato administrativo prévio”<sup>41</sup>.

Por conseguinte, os concursos devem ser precedidos de ato por meio do qual sejam fixados os procedimentos a serem adotados na realização do certame, os critérios de julgamento e os requisitos a serem exigidos dos candidatos.

---

<sup>39</sup> Condiçionava o diploma em comento, em seu art. 95, § 1º, a “nomeação para cargo público” à “aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos”. O posicionamento então adotado pelo legislador constituinte, à época, representava flagrante inovação, uma vez que a Constituição de 1946 limitava-se a fazer referência à realização de concurso público, nada dispondo acerca das formas de seleção dos interessados. A Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, no § 1º, de seu art. 97, manteve a exigência da realização de provas, no que foi seguida também pelo inciso II, do art. 37, da Constituição da República de 1988.

<sup>40</sup> Op. cit., p. 379.

<sup>41</sup> Op. cit., p. 586.

Tal ato, em respeito ao princípio da vinculação ao edital, deverá ser respeitado pela Administração durante a realização do concurso, e mesmo após ele.

No tocante às exigências a serem impostas aos candidatos, conforme anteriormente dito, busca-se por meio do concurso escolher os indivíduos melhor habilitados para desempenhar de forma eficaz as tarefas inerentes ao cargo ou emprego a ser preenchido. Assim, todo e qualquer requisito exigido deve, quando objetivamente considerado, se mostrar necessário e razoável ao eficaz desempenho das tarefas inerentes ao cargo ou emprego a ser ocupado. Do concorrente somente pode exigir-se que demonstre possuir as habilidades fundamentais ao correto desempenho das atividades inerentes ao cargo ou emprego a ser preenchido.

Dessa forma, a adoção unicamente de critérios subjetivos de seleção<sup>42</sup>, bem como a imposição de exigências meramente discriminatórias, como, por exemplo, relativas ao lugar de nascimento, condição financeira, raça, classe social, religião, entre outras, são expressamente vedadas pelo ordenamento.

Com base no princípio da razoabilidade, contudo, tem-se admitido<sup>43</sup> a imposição de exigências que, a princípio, poderiam ser consideradas atentatórias ao princípio da isonomia, relacionadas, por exemplo, à idade, sexo e capacidade física do candidato, desde que estas possuam relação com as atribuições do cargo ou emprego a ser preenchido.

Ainda no tocante às exigências a serem impostas aos candidatos que se submetem a concurso público, questão que, há muito tempo, tem ensejado discussões é aquela que diz respeito aos exames psicotécnicos. Indaga-se se a

---

<sup>42</sup> Não se pode olvidar que, no tocante a alguns aspectos, não há como se afastar o emprego de análises dotadas de certo teor de subjetividade. O que se busca, porém, é evitar sejam adotados critérios subjetivos para avaliar capacidades que podem ser avaliadas por meio de critérios objetivos.

<sup>43</sup> STF, Súmula 683: “O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”.

Administração poderia, antes ou após as provas, submeter os candidatos a exames destinados a apurar a higidez psicológica destes, cujos resultados sejam utilizados para eliminar aqueles que não se adequem a um determinado perfil, previamente estipulado.

No que diz respeito a tal indagação, entendemos irretocável a opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello, que, ao discorrer acerca daquela, assevera que:

Não se nega que os sobreditos exames possam ser utilmente aplicados para exclusão de indivíduos padecentes de graves distúrbios da personalidade, isto é, com desequilíbrio psicológico sério, suscetível de inabilitá-los para o serviço público. Também não se nega que – *em relação a certas atividades* – a avaliação psicológica seja prestante para detectar características de personalidade incapacitantes para a função, como o seria, por exemplo, um teor exagerado de agressividade em candidato à carreira policial.

Entretanto, o que se nega terminantemente é que seja compatível com o Texto Constitucional – por violar a necessária objetividade inerente a razão de ser da acessibilidade e do concurso público – a adoção de um “perfil psicológico” em que devam encaixar os candidatos, pena de exclusão do certame<sup>44</sup>.

Desta forma, entendemos que realização de exames psicotécnicos somente se faz possível quando destinada a excluir candidatos que possuam determinadas características pessoais que os inabilitem para o exercício das atividades inerentes ao cargo a ser ocupado. Não se admite, porém, a realização de tais exames quando estes tenham por escopo não a apuração das exceções, mas, sim, a seleção de candidatos que possuam um determinado perfil psicológico específico.

---

<sup>44</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 67.

Ao analisar a questão, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de admitir a realização de exames psicotécnicos, consoante se denota do voto proferido pelo Ministro Néri da Silveira ao apreciar o Recurso Extraordinário tombado sob o n. 188.234, publicado em 24-5-2002, no qual se assevera que “o exame psicotécnico pode ser estabelecido para concurso público desde que seja feito por lei, e que tenha por base critérios objetivos de reconhecido caráter científico, devendo existir, inclusive, a possibilidade de reexame”<sup>45</sup>.

Os concursos públicos deverão ser realizados por meio de bancas ou comissões examinadoras, compostas por elementos capazes e idôneos, que poderão ser ou não servidores estatais. É importante, porém, que os integrantes da banca ou comissão examinadora sejam dotados de conhecimento especializado sobre o tema objeto do concurso realizado. O nome e a qualificação profissional dos integrantes da comissão ou banca examinadora deverão ser previamente divulgados, para que os candidatos possam deles tomar conhecimento.

Em face das decisões proferidas pela banca ou comissão examinadora será admissível recurso para órgãos superiores. Afinal, conforme lecionam Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, em obra dedicada ao processo administrativo, o duplo grau de jurisdição administrativa é um dos princípios que norteiam o processo administrativo<sup>46</sup>. Assim, na medida em que o concurso público representa modalidade de processo administrativo, não se pode admitir sejam proferidas, no âmbito deste, decisões irrecorríveis.

---

<sup>45</sup> Neste sentido, vejam-se, ainda, os seguintes acórdãos: RE 243.926, rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 10-8-2000; RE 466.061–AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, 30-6-2006; AI 630.247–AgR, rel. Min. Eros Grau, *DJ*, 8-5-2007; e RE 318.367–AgR, rel. Min. Celso de Mello. Corroborando admissibilidade da realização de exames psicotécnicos, a Súmula 686, do STF, dispõe: “Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público”.

<sup>46</sup> FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson. *Processo administrativo*. 1. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 87-9.

Também perante o Poder Judiciário as decisões das bancas ou comissões examinadoras dos concursos podem ser questionadas. Contudo, prevalece hoje na jurisprudência o entendimento de que, no âmbito judicial, a reapreciação de tais atos fica limitada aos aspectos formais. Assim, podem ser revistas questões relacionadas, por exemplo, à legalidade da constituição das bancas ou comissões examinadoras, aos critérios adotados para julgamento, à classificação dos candidatos, entre outras. Não é permitido ao Poder Judiciário, no entanto, reapreciar o mérito das decisões proferidas, revendo, por exemplo, a correção das provas<sup>47</sup>.

Ao analisar o tema, entretanto, Almiro do Couto e Silva propõe abordagem que nos parece extremamente pertinente. O autor, em momento de grande lucidez, diferencia as provas chamadas “dissertativas” daquelas chamadas “objetivas”, salientando que, no tocante às provas *dissertativas*, em virtude do amplo grau de subjetivismo de que se reveste a avaliação, que envolve, inclusive, uma comparação entre as dissertações feitas por todos os candidatos, com o escopo de estabelecer-se critérios uniformes de avaliação, “o juiz não poderá substituir os critérios de correção adotados pela banca ou comissão examinadora pelos seus próprios critérios, desde que aqueles se mostrem razoáveis”<sup>48</sup>. No que diz respeito às provas *objetivas*, no entanto, a situação seria distinta, já que nestas somente haverá respostas certas ou erradas, em face do “estado atual das ciências, da técnica ou das artes”<sup>49</sup>, pelo que poderia o Poder Judiciário avaliar a correção feita, de maneira objetiva. O posicionamento adotado nos parece correto.

---

<sup>47</sup> Neste sentido aponta o seguinte acórdão, proferido pelo STF: MS 88.699, rel. Min. Carlos Velloso, DJ, 26-3-1980.

<sup>48</sup> SILVA, Almiro do Couto. Correção de prova de concurso público e controle jurisdicional. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 42, p. 7, 2003.

<sup>49</sup> Idem, *ibidem*, p. 7.

Após homologado o concurso, segue-se o provimento<sup>50</sup> do cargo público, que se dá por meio da nomeação do candidato aprovado. A nomeação é o ato administrativo através do qual se atribui a alguém o exercício inicial de um cargo. Completa-se com a posse, que significa a aceitação das atribuições, responsabilidades e direitos do cargo. Marcando o início dos direitos e deveres funcionais, gera, também, restrições, impedimentos e incompatibilidades. Segue-se o subsequente exercício, que é decorrência natural da posse. Em ocorrendo esta, o cargo fica provido, pelo que não poderá ser ocupado por outrem. O provimento, dessa forma, apenas se completa efetivamente com a entrada em exercício do nomeado.

Logo, a investidura do servidor no cargo somente ocorre com a posse e o posterior exercício.

#### *1.1.1. Prazo de validade do concurso e direito de preferência*

Em razão do quanto disposto no art. 37, II, da Constituição da República, os concursos poderão ter prazo de validade<sup>51</sup> de até dois anos, prorrogável por igual período.

---

<sup>50</sup> Provimento, nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira, é o “procedimento administrativo pelo qual alguém ingressa na função pública” (op. cit., p. 203).

<sup>51</sup> Verifica-se na doutrina a existência de controvérsia a respeito de qual o termo inicial para contagem do prazo de validade do concurso. Afirma Diogenes Gasparini que “esse prazo conta-se da data da abertura do certame” (op. cit., p. 174). Já Hely Lopes Meirelles espousa entendimento diverso, asseverando que o prazo de validade do concurso deve ser contado da homologação (op. cit., p. 436). Entendemos, porém, em virtude do quanto disposto no art. 37, IV, da Constituição da República, que o termo inicial para contagem do prazo de validade do concurso é o ato de homologação do certame. Isso porque o dispositivo em questão assegura que os aprovados no concurso, durante o prazo de validade deste, terão prioridade sobre novos concursados, no tocante à convocação para a assunção do cargo ou emprego que foi objeto do certame realizado, dando a entender que o prazo de validade do concurso é aquele durante o qual este poderá produzir seus efeitos típicos. Assim, o termo inicial do prazo de validade seria o mesmo da homologação do concurso, ato que marca o momento a partir do qual o concurso produz os seus efeitos típicos. Ao apreciar a questão, o STF, por meio do acórdão que apreciou o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança tombado sob o n. 24.119-9, relatado pelo Ministro Maurício Corrêa, publicado em 14-6-

De acordo com o art. 37, IV, da Carta Magna, dentro do prazo de validade os candidatos aprovados no certame possuem preferência para o preenchimento dos cargos ou empregos por ele abrangidos. Assim, havendo necessidade de provimento do cargo ou emprego objeto do certame, não poderá ser nomeado candidato estranho à lista de aprovados<sup>52</sup>, devendo ser observada ainda a ordem de classificação dos participantes daquele.

Logo, havendo a nomeação, ainda que a título precário, de pessoa não concursada ou não classificada, ou mesmo a nomeação de candidato aprovado em concurso posterior, para aqueles cargos ou empregos que foram objeto do concurso realizado, quando ainda válido este, o candidato aprovado, que tenha sido preterido, pode exigir, inclusive por meio do mandado de segurança, a sua nomeação. O mesmo se pode afirmar quando a nomeação efetuada ocorre em desrespeito à ordem de classificação dos aprovados.

Com o advento da Lei n. 8.112/90, dentro do prazo de validade do concurso realizado, desde que existam candidatos aprovados e ainda não convocados, sequer se pode dar início a novo certame. Isso porque, o diploma em comento, no § 2º, do seu art. 12, expressamente dispõe que “não se abrirá novo concurso enquanto houver candidato aprovado em concurso anterior com prazo de validade não expirado”. Importante salientar, porém, que a vedação quanto à realização de novo certame, dentro do prazo de validade do concurso previamente realizado, se refere unicamente àqueles cargos ou empregos que se buscava preencher por meio do concurso anterior.

---

2002, já externou entendimento no sentido de que o termo inicial da contagem do prazo de validade do concurso seria a publicação do ato por meio do qual foi homologado o concurso.

<sup>52</sup> Por meio da edição da Súmula 15, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que “dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”.

O prazo de validade do concurso, contudo, diz respeito apenas à convocação dos aprovados. Realizada a convocação dentro do mencionado interstício, a prática dos atos necessários à concretização da investidura, tais como a nomeação e a posse, poderá ocorrer em momento posterior, ou seja, fora do prazo de validade do concurso.

Afinal, não se pode olvidar que a própria Carta Magna, em seu art. 37, IV, faz alusão unicamente à convocação, não à admissão. Ora, ao mencionar que a prioridade assegurada ao aprovado no concurso, dentro do prazo de validade deste, diz respeito apenas à convocação, o dispositivo em comento deixa claro que o prazo de validade a que se refere o inciso III deve ser entendido como o prazo dentro do qual deve se dar a convocação, não, necessariamente, a admissão do candidato. Havendo necessidade de provimento do cargo ou emprego, enquanto perdurar o prazo de validade do concurso, deverão ser convocados aqueles aprovados no certame realizado, podendo, os atos necessários à concretização da investidura, ser praticados após o termo final do prazo de validade do certame.

Até porque, em se entendendo que o prazo de validade previsto no inciso III do artigo em questão diz respeito à admissão, e não à convocação, estar-se-á admitindo o surgimento de hipóteses absurdas, certamente inaceitáveis. Seria o caso, por exemplo, do candidato que é convocado dentro do prazo de validade do concurso sem que, contudo, entre a data da convocação e o termo final do prazo de validade do concurso, haja tempo hábil para a prática de todos os atos necessários à concretização da investidura. Apesar de, em tese, possuir prioridade sobre novos concursados, este candidato não ingressará nos quadros da Administração, uma vez que, antes que sejam praticados todos os atos necessários à sua

investidura no cargo ou emprego em questão, o prazo de validade do concurso do qual participou se expirará.

Ademais, adotar entendimento em sentido contrário implicaria reduzir sensivelmente o prazo para a convocação, na medida em que esta teria de ser realizada dentro de prazo que possibilitasse ainda a prática dos atos necessários à concretização da investidura.

Portanto, por prazo de validade do concurso deve-se entender aquele interstício dentro do qual poderão ser convocados os aprovados no certame.

#### *1.1.2. Direito de ser nomeado*

Questão que merece especial atenção é aquela que diz respeito à existência de eventual direito do candidato aprovado no certame à posterior nomeação. Teria o candidato aprovado no concurso direito à nomeação ou mera expectativa de direito?

Prevalece na doutrina o entendimento no sentido de que o candidato aprovado no concurso não adquire direito à nomeação ou admissão, mas possui mera expectativa de direito à investidura no cargo ou emprego disputado. Este é o pensamento albergado, por exemplo, por Diogenes Gasparini<sup>53</sup>, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>54</sup>, Hely Lopes Meirelles<sup>55</sup> e Celso Ribeiro Bastos<sup>56</sup>, entre outros.

Também o STF acolhe este entendimento, consoante se denota do acórdão proferido no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário,

---

<sup>53</sup> Op. cit., p. 172.

<sup>54</sup> Op. cit., p. 444-5.

<sup>55</sup> Op. cit., p. 380.

<sup>56</sup> *Curso de direito administrativo*, cit., p. 421.

tombado sob o n. 306.938, relatado pelo Ministro Cezar Peluso e publicado em 11-10-2007, bem como da Súmula 15, da Corte Suprema, que evidencia a adoção de intelecção no sentido de que dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado somente tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.

Nesse sentido manifesta-se ainda o Superior Tribunal de Justiça, conforme emerge do acórdão proferido no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, tombado sob o n. 24.151, relatado pelo Ministro Félix Fischer e publicado em 16-8-2007, no qual se afirmou que “a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito à nomeação, competindo à Administração, dentro de seu poder discricionário, nomear os candidatos aprovados de acordo com a sua conveniência e oportunidade”.

Adotando posicionamento divergente, contudo, Marçal Justen Filho assevera:

Os princípios da objetividade e da eficácia da atividade administrativa impedem que o aparato estatal seja movimentado a propósito de caprichos ou em termos irracionais. Se o Estado promove um concurso público (inclusive efetuando despesas com sua realização), impondo sacrifícios aos particulares e deles exigindo disponibilidade para assunção imediata, não se pode admitir o exercício arbitrário da competência de promover concurso público. Se promoveu concurso público, homologando o resultado, o estado apenas pode deixar de promover a contratação mediante motivação satisfatória. Essa motivação não pode restringir-se à invocação da titularidade de uma competência discricionária<sup>57</sup>.

A intelecção albergada pelo ilustre professor paranaense, defendida também por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes<sup>58</sup>, em que pese todo o respeito devido

---

<sup>57</sup> Op. cit., p. 592.

<sup>58</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 268.

àqueles que se posicionam em sentido contrário, nos parece de inquestionável acerto.

Nesse sentido, preciosas também as lições de Carlos Ari Sunfeld, que alerta que:

[...] a instauração de concurso público no âmbito de uma carreira existente e em funcionamento deve decorrer da prévia verificação das vacâncias ocorridas, da estimação das reposições previsíveis, bem como dos planos de expansão dos serviços<sup>59</sup>.

Dessa forma, ainda nas palavras do citado autor, *“tudo autoriza a presunção de que na abertura de um concurso público vai embutida a decisão de prover os cargos, como consequência da verificação da necessidade de fazê-lo”*<sup>60</sup>.

Ora, se à época em que se deu início ao concurso havia cargos ou empregos vagos, tendo restado constatada a necessidade de preenchimento destes, somente a demonstração da ocorrência de fato superveniente, que venha a tornar tal medida desnecessária, ou momentaneamente desaconselhável, pode justificar a não nomeação dos aprovados. Assim, deve restar claramente evidenciada a alteração no interesse público que justificou a realização de concurso público. Caso contrário, estar-se-ia admitindo que o Estado poderia, com base unicamente nos interesses dos seus dirigentes, negligenciar o interesse público que justificou a abertura do concurso, ou mesmo, realizar certames quando estes não fossem necessários.

Aqui novamente mostram-se precisas as palavras de Carlos Ari Sunfeld:

---

<sup>59</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. O concurso público e o direito à nomeação. In: *Estudos de Direito Administrativo em homenagem ao Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 15-16

<sup>60</sup> Idem, ibidem, p. 16.

Em havendo candidatos aprovados e vagas ativas (isto é, não declaradas formalmente desnecessárias) a preencher, o natural é, portanto, que o provimento se faça no prazo de validade do concurso.

Isso, por acaso significa deverem ser efetuadas nomeações, mesmo em havendo mudado, após a abertura do concurso, as possibilidades e necessidades da Administração? Não, por óbvio que não. Mas significa, isto sim, que, ocorrendo a hipótese, a autoridade tem o dever de decidir, de forma expressa e motivada, pelo não provimento, declarando desnecessários os cargos vagos.

Admitir o contrário – aceitar que o administrador, por meio de simples e inexplicada omissão, deixe fluir em branco o prazo de validade do concurso, para dessa forma subtrair os direitos dos aprovados – seria reconhecer-lhe a faculdade de exercício arbitrário do poder.

Deveras, apesar de universal a afirmação de que os atos administrativos serão formalmente motivados, aqui se estaria tolerando um ato (e de graves conseqüências) sem qualquer motivação. Apesar de se exigir a presença de interesse público para instaurar concurso, estar-se-ia, agora, permitindo sua frustração sem qualquer interesse público a justificá-lo.

Ademais, tudo isso importaria em autorizar o administrador a se insurgir, pura e singelamente, contra o resultado dos concursos. Insatisfeito com a lista de habilitados, frustrado com a ordem das classificações, poderia o agente modificar tudo com sua prolongada e não justificada inércia.

Como o direito público moderno não aceita as competências imperiais, é forçoso concluir, então, que o silêncio da Administração no curso da validade do certame não destrói a presunção, anteriormente firmada, de que o preenchimento das vagas ativas é necessário e oportuno.

Assim, ao contrário do que ocorria no passado, a evolução jurisprudencial acabou por reconhecer que a aprovação em concurso e sua posterior homologação dão sim ao candidato o direito de, no prazo de validade, ser aproveitado nas vagas ativas que existirem, se existirem. Trata-se, por certo – e para usar a figura dos administrativistas italianos – de um direito enfraquecido, que pode ser suprimido por um ato administrativo posterior, em função (exclusivamente) do interesse público. Mas, de todo modo, de um direito.

Para concluir: se a Administração deixar escoar até o fim o prazo de validade do concurso, se existirem cargos ativos a prover e se não houver sido expedido nenhum ato administrativo legítimo decidindo pelo não preenchimento das vagas (declaração de desnecessidade dos cargos), com a sempre devida motivação formal, aí então se terá caracterizada a violação direito do interessado<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. O concurso público e o direito à nomeação. In: *Estudos*, cit., p. 16-17.

Assim, caso não seja demonstrada a alteração do interesse público que justificou a realização do certame, os candidatos aprovados, classificados dentro do limite de vagas indicadas no edital, têm direito à nomeação.

## **2. CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO**

Ainda que a regra seja que a investidura em cargo ou emprego público esteja condicionada à prévia aprovação em concurso público, reconheceu o legislador constituinte a existência de situações excepcionais nas quais a realização daquele mostra-se desaconselhável, podendo mesmo implicar vulneração ao interesse público. Em tais hipóteses autorizou a admissão de servidores sem a prévia realização de concurso público.

Exceção à regra da prévia aprovação em concurso público, como condição para a investidura em cargo ou em emprego público, se verifica analisando o art. 37, IX, da Constituição da República<sup>62</sup>, que autoriza a contratação de servidores “por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

Trata-se, contudo, como dito, de hipótese excepcional, pelo que somente aplicável quando preenchidos os requisitos impostos pelo dispositivo em comento. Assim, a contratação de servidor com base no art. 37, IX, da Carta Magna está condicionada à existência de excepcional interesse público e de necessidade

---

<sup>62</sup> Já na Emenda Constitucional n. 1, de 1969, admitia-se, no art. 106 do aludido diploma, a contratação de servidores em caráter temporário.

temporária. Uma vez constatada a presença desses requisitos, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho<sup>63</sup>, a realização de concurso público é inexigível.

Buscou o legislador, por meio da norma ora em tela, contemplar aquelas situações nas quais o caráter transitório da atividade a ser desempenhada não justifica a criação de cargo ou emprego, nem a realização de concurso público, assim como aquelas outras nas quais o transcurso do interstício necessário para a realização de um concurso público implicaria prejuízo ao interesse público, como, por exemplo, situações de calamidade e epidemia. Em ambas as hipóteses, a necessidade que motiva a contratação é meramente temporária. Naquela, a própria natureza efêmera da atividade faz com que não seja necessária a celebração de contrato que perdure por tempo indeterminado, enquanto nesta a necessidade somente perdura pelo tempo estritamente necessário para a realização de certame.

Nesse particular, cumpre destacar, porém, a existência de entendimento no sentido de que a aplicação do dispositivo em comento somente se faz possível quando a função a ser desempenhada for temporária. Dessa forma, aqueles que defendem tal entendimento não concebem a admissão, por tempo determinado, de servidores para o desempenho de função permanente, afirmando que, se a necessidade é permanente, fica a investidura condicionada à prévia realização de concurso público. Este é o entendimento albergado por Adilson Abreu Dallari<sup>64</sup>, Celso Ribeiro Bastos<sup>65</sup> e José Cretella Júnior<sup>66</sup>, entre outros. Trata-se de entendimento, porém, em que pese o notório brilhantismo daqueles que o sustentam, com o qual não concordamos. Isso porque, analisando-se a Carta Magna, verifica-se que o legislador constituinte não falou em função temporária, mas

---

<sup>63</sup> Op. cit., p. 486.

<sup>64</sup> *Regime constitucional dos servidores públicos*, cit., p. 124-6.

<sup>65</sup> *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 98, v. 3, t. III.

<sup>66</sup> *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 2203, v. 4.

sim em necessidade temporária. Ora, hipóteses há em que, ainda que a função seja permanente, a necessidade será temporária, como é o caso, anteriormente mencionado, daquelas nas quais o transcurso do interstício necessário para a realização do certame implicaria prejuízo ao interesse público, dada a urgência da contratação.

Não se pode olvidar, aliás, que o dispositivo constitucional que autoriza tal modalidade de contratação expressamente determina que “a lei estabelecerá os casos de contratação”. Assim, entendemos tratar-se de norma de eficácia limitada<sup>67</sup>, pelo que a contratação de servidores temporários, com base no art. 37, IX, da Constituição, fica condicionada à existência de lei que indique as hipóteses em que essa contratação é possível, não sendo admitida na ausência desta<sup>68</sup>. A admissão também não se faz possível quando se estiver diante de situação não expressamente prevista no diploma que disciplinar a questão.

Afinal, trata-se de exceção, pelo que, conforme alertam Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro de Queiroz, “em obséquio a postulado elementar de hermenêutica, a interpretação das situações excepcionadas deve ser estrita, não se admitindo, inclusive, o emprego de analogia”<sup>69</sup>.

Na esfera federal, a Lei n. 8.745, de 21 de maio de 1993, alterada pelas Leis 9.849, de 26 de outubro de 1999, e 10.667, de 14 de maio de 2003, estabelece as hipóteses em que a adoção de tal modalidade de contratação se faz

---

<sup>67</sup> Adotando posicionamento em sentido contrário, afirma Celso Bastos que a aplicabilidade do dispositivo em comento não fica “à mercê da superveniência de uma lei”, uma vez que “não se trata de norma de eficácia limitada, mas sim de norma de eficácia contida” (“Cargo – emprego e função – conceitos”. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. *RT*, São Paulo, ano 2, n. 6, p. 172, jan./mar. 1994).

<sup>68</sup> Neste sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, asseverando que “a contratação por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, tem como pressuposto lei que estabeleça os casos de contratação (...) Inexistindo essa lei, não há falar em tal contratação” (STF, RE 168566/RS; 2ª Turma, rel. Min. Carlos Velloso, j. 20-4-1999, publ. *DJ* de 18-6-1999, p. 23).

<sup>69</sup> Op. cit., p. 48.

possível, definindo, em seu art. 2º, como situações em que considerar-se-á existente “necessidade temporária de excepcional interesse público” as seguintes: I – assistência a situações de calamidade pública; II – combate a surtos endêmicos; III – realização de recenseamentos e outras pesquisas de natureza estatística efetuadas pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE; IV – admissão de professor substituto e professor visitante; V – admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro; VI – atividades: a) especiais nas organizações das Forças Armadas para atender à área industrial ou a encargos temporários de obras e serviços de engenharia; b) de identificação e demarcação desenvolvidas pela FUNAI; c) finalísticas do Hospital das Forças Armadas; d) de pesquisa e desenvolvimento de produtos destinados à segurança de sistemas de informações, sob responsabilidade do Centro de Pesquisa e Desenvolvimento para a Segurança das Comunicações – CEPESC; e) de vigilância e inspeção, relacionadas à defesa agropecuária, no âmbito do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, para atendimento de situações emergenciais ligadas ao comércio internacional de produtos de origem animal ou vegetal ou de iminente risco à saúde animal, vegetal ou humana; f) desenvolvidas no âmbito dos projetos do Sistema de Vigilância da Amazônia – SIVAM e do Sistema de Proteção da Amazônia – SIPAM; g) técnicas especializadas, no âmbito de projetos de cooperação com prazo determinado, implementados mediante acordos internacionais, desde que haja, em seu desempenho, subordinação do contratado ao órgão ou entidade pública; e VII – admissão de professor, pesquisador e tecnólogo substitutos para suprir a falta de professor, pesquisador ou tecnólogo ocupante de cargo efetivo, decorrente de licença para exercer atividade empresarial relativa à inovação.

Trata-se, contudo, de diploma aplicável apenas no âmbito federal, pelo que os Estados e Municípios que queiram contratar servidores temporários, com base no art. 37, IX, da Carta Magna, têm de estabelecer, por suas próprias leis<sup>70</sup>, as hipóteses em que esta contratação será possível<sup>71</sup>.

A simples inexigibilidade da realização de concurso público, no entanto, não autoriza a Administração a escolher aleatoriamente aqueles que serão contratados. Deverá sempre buscar, entre os interessados, aqueles profissionais mais capacitados, que possuam condições de satisfazer o interesse público, desempenhando a contento todas as atividades inerentes à função a ser desempenhada.

Nesse sentido, a Lei n. 8.745/93, em seu art. 3º, preconiza a adoção de “processo seletivo simplificado sujeito a ampla divulgação, inclusive através do Diário Oficial da União”, salvo quando a contratação a ser realizada tenha como escopo “atender às necessidades decorrentes de calamidade pública”, bem como “nos casos do professor visitante referido no inciso IV e nos incisos V e VI, alíneas a, c, d, e e g, do art. 2º, quando “poderá ser efetivada à vista de notória capacidade técnica ou científica do profissional, mediante análise do curriculum vitae”.

Conforme dito, trata-se de modalidade de contratação destinada a satisfazer necessidade claramente temporária. Assim, somente se admite a celebração de contrato por prazo determinado. Nesse sentido a Lei n. 8.745/93, em seu art. 4º, estipula os prazos máximos a serem observados, de acordo com a

---

<sup>70</sup> Tem entendido o Supremo Tribunal Federal que os Estados e Municípios, no exercício desta competência, devem editar leis que estabeleçam objetivamente as hipóteses em que será admitida a contratação temporária, sendo vedada a instituição de hipóteses abrangentes e genéricas de contratação temporária (acórdãos STF, ADI 3210/PR, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, j. 11-11-2004, publ. *DJ* de 3-12-2004, p. 12; e STF, ADI 890/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 11-9-2003, publ. *DJ* de 6-2-2004, p. 21).

<sup>71</sup> Afirma José Afonso da Silva que a Lei 8.745/93 “traz diretivas que devem ser seguidas por leis estaduais e municipais, como, por exemplo, a indicação de casos de necessidades temporárias (art. 2º), a exigência de processo seletivo simplificado para o recrutamento do pessoal a ser contratado (art. 3º), o tempo determinado e improrrogável da contratação (art. 4º)” (Op. cit., p. 661).

necessidade a ser atendida, indicando ainda, nos §§ 1º a 8º do aludido dispositivo, os casos em que será admitida a prorrogação do contrato celebrado, assim como os prazos.

### 3. CARGOS EM COMISSÃO

Na forma do quanto disposto no art. 37, II, da Constituição da República, também a nomeação de servidores para cargos em comissão<sup>72</sup>, declarados em lei de livre nomeação e exoneração, prescinde da prévia aprovação daqueles em concurso público<sup>73</sup>.

Não se pode imaginar, contudo, pelo simples fato de o texto constitucional fazer menção à livre nomeação, que o Chefe do Executivo goza de competência arbitrária e incondicionada, podendo nomear para os cargos em comissão quaisquer cidadãos. Isso porque, a confiança é elemento fundamental dos cargos em comissão, justificando, inclusive, a inexigibilidade de concurso público para a investidura em tais cargos.

---

<sup>72</sup> Importante não confundir o cargo em comissão com a função de confiança. Trata-se de figuras jurídicas próximas, porém, distintas. A função de confiança é desempenhada por servidor ocupante de cargo de provimento efetivo, ao qual são atribuídas tarefas diferenciadas e de maior responsabilidade, mediante o pagamento de uma remuneração adicional. Assim, a função de confiança corresponde à ampliação das atribuições e responsabilidades de um servidor titular de cargo de provimento, ao que corresponde o pagamento de uma gratificação pecuniária.

<sup>73</sup> De acordo com Carlos Ari Sunfeld e Rodrigo Pagani de Souza, trata-se de dispositivo que tem como escopo assegurar que os postos mais altos, de comando da Administração Pública, responsáveis por imprimir o norte, o rumo, a direção da atuação administrativa, sejam ocupados por pessoas que estejam alinhadas com o plano de governo da chefia do Executivo democraticamente eleita, da confiança desta. Busca-se, desta forma, ainda nas palavras dos citados autores, evitar que os ocupantes de tais postos venham a se colocar “em desalinho com o plano a ser implementado, anulando os efeitos benéficos da saudável alternância do exercício do poder, própria do regime democrático” (As empresas estatais, o concurso público e os cargos em comissão. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo, v. 243, p. 32-3, set./out./nov./dez. 2006).

Assim, o servidor nomeado deve gozar da mais absoluta confiança daquele com quem vai trabalhar. Neste sentido, precisa é a lição de Márcio Cammarosano:

Com efeito, verifica-se desde logo que a Constituição, ao admitir que o legislador ordinário crie cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, o faz com a finalidade de propiciar ao chefe do governo o seu real controle mediante o concurso, para certas funções, de pessoas de absoluta confiança, afinadas com as diretrizes políticas que devem pautar a atividade governamental<sup>74</sup>.

Neste ponto, faz-se importante salientar que, em que pese tratar-se de elemento de cuja aferição mostra-se extremamente difícil, situações limites há em que a ausência de confiança resta evidente. Seria o caso, por exemplo, daquelas hipóteses nas quais o servidor nomeado sequer é conhecido pelo Chefe do Executivo, ou ainda daquelas em que o servidor integra grupo político notadamente contrário aos ideais políticos defendidos pelo Chefe do Executivo. Em tais situações a ausência do elemento confiança é clara, pelo que a nomeação do servidor implica flagrante desvio de função.

A confiança daquele com quem se vai trabalhar, no entanto, não é suficiente para que possa o cidadão ocupar cargo em comissão. Deve ele ainda possuir as habilidades indispensáveis ao desempenho das tarefas inerentes ao cargo a ser ocupado. Afinal, o art. 37 da Carta Magna, em seu *caput*, é claro ao condicionar a atuação da administração pública à busca da eficiência. Assim, não se pode imaginar possa o cargo em comissão ser ocupado por indivíduo que não goze das aptidões necessárias para desempenhar, de maneira eficiente, as atribuições próprias daquele. Portanto, a simples confiança, dissociada de habilitação específica, não autoriza a nomeação.

---

<sup>74</sup> CAMMAROSANO, Márcio. *Provimento de cargos públicos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 95.

Ademais, a liberdade de nomeação encontra limites no próprio texto constitucional. Ocorre que a Carta Magna, em seu art. 37, V, determina que a lei estipulará um percentual mínimo dos cargos em comissão que deverá ser preenchido por servidores de carreira. Trata-se de dispositivo que tem como escopo garantir que parte dos ocupantes dos cargos em comissão disponha de experiência no exercício das atividades da carreira. Assim, ao menos uma parte dos cargos em comissão deverá ser ocupada por servidores titulares de cargos de provimento efetivo.

Também não é livre a criação de cargos em comissão. Em virtude da redação conferida pela Emenda Constitucional n. 19/98 ao inciso V, do art. 37, da Constituição da República, os cargos em comissão “destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”. Dessa forma, a lei criadora de cargo em comissão não lhe pode destinar atribuições que não sejam de direção, chefia ou assessoramento. Conforme assinala Márcio Cammarosano, “ofende a ordem jurídica em vigor criar cargos em comissão que não consubstanciem competências de direção, chefia e assessoramento”<sup>75</sup>, representando, em verdade, inaceitável tentativa de burla à exigência da realização de concurso público.

Nesse sentido, corroborando a natureza excepcional dos cargos em comissão, o Supremo Tribunal Federal já chegou mesmo a declarar a inconstitucionalidade de lei que criava cargos em comissão, em virtude da ausência de proporcionalidade entre o número de cargos em comissão criados e o número de cargos de provimento efetivo existentes<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> CAMMAROSANO, Márcio. Cargos em comissão – breves considerações quanto aos limites à sua criação. Interesse Público – *Revista Bimestral de Direito Público*, Porto Alegre: Notadez, ano 8, n. 8, p. 30, jul./ago. 2006.

<sup>76</sup> “AGRAVO INTERNO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATO NORMATIVO MUNICIPAL. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. OFENSA. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O NÚMERO DE SERVIDORES EFETIVOS E EM CARGOS EM COMISSÃO. I – Cabe ao Poder

#### 4. O PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO PROVIMENTO DE CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS

Conforme leciona Michel Temer, “o controle de contas do Executivo por órgão distinto dele é da tradição do nosso direito constitucional”<sup>77</sup>. Já a Constituição de 1891, em seu artigo 89, previa a existência de “um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso”. A partir de então, todas as Constituições posteriores contemplaram a existência de um controle externo a ser exercido sobre as contas do Poder Executivo.

Nessa linha de idéias, a Constituição da República de 1988 confiou aos Tribunais de Contas<sup>78</sup> a função de auxiliar o Poder Legislativo na realização do controle externo da Administração.

Trata-se, portanto, de órgãos constitucionalmente autônomos, aos quais são conferidas, entre outras atribuições, a verificação da compatibilidade das receitas e despesas com a lei orçamentária, bem como a fiscalização do respeito,

---

Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. II – Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local. III – Agravo improvido” (STF, RE-AgR 365368/SC, 1ª Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 22-5-2007, DJ de 29-6-2007, p. 49).

<sup>77</sup> TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 133.

<sup>78</sup> Em seu art. 71, a Carta Magna faz referência unicamente ao Tribunal de Contas da União. Contudo, em seu art. 75, expressamente dispõe que as normas estabelecidas na Seção I, do Capítulo I, “aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios”.

por parte da Administração, aos princípios constitucionais da moralidade, legitimidade, impessoalidade, eficiência, publicidade, igualdade e razoabilidade.

Dessa forma, aos Tribunais de Contas incumbe realizar o controle externo da Administração<sup>79</sup>, ou seja, fiscalizá-la com o escopo de assegurar que esta, ao atuar, observe fielmente o quanto disposto no ordenamento jurídico. São, por conseguinte, órgãos que possuem como finalidade precípua, nas sempre precisas palavras de Carlos Ayres Britto, impedir o desgoverno e a desadministração<sup>80</sup>.

Entre as competências atribuídas aos Tribunais de Contas, a que mais interessa, para os fins do presente trabalho, é aquela prevista no inciso III, do art. 71<sup>81</sup>, da *Lex Legum* de 1988, dispositivo que determina que compete aos mencionados órgãos:

[...] apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão<sup>82</sup>.

Assim, aos Tribunais de Contas, no exercício do controle externo da Administração, incumbe examinar, sob o prisma da legalidade, e registrar os atos de

---

<sup>79</sup> Ao Tribunal de Contas da União incumbe realizar o controle externo da União. No âmbito dos Estados tal controle é realizado pelos Tribunais de Contas dos Estados, responsáveis também por auxiliar o Poder Legislativo Municipal na fiscalização das contas dos Municípios, salvo no que diz respeito àqueles Municípios que possuíam Tribunais de Contas respectivos ou órgãos similares. Isso porque, com o advento da Constituição de 1988, ficou vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais (art. 31, § 1º, da CF/88), assim, no tocante àqueles Municípios que à época da edição da Constituição de 1988 não possuíam Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais, o controle externo será exercido com auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados.

<sup>80</sup> BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 9, p. 11, dez. 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acessado em 20-8-2007.

<sup>81</sup> O art. 71 da Constituição da República faz referência apenas ao Tribunal de Contas da União. Contudo, o art. 75 da Carta Magna expressamente dispõe que as normas contidas na Seção VIII, na qual está inserido aquele dispositivo, aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

<sup>82</sup> Ao atribuir aos Tribunais de Contas a competência para analisar a legalidade dos atos de admissão de servidores, a Constituição de 1988 promoveu nítida inovação no ordenamento jurídico, acrescentando à tradicional competência das Cortes de Contas nova competência para examinar as concessões de aposentadoria, reforma e pensão.

admissão de pessoal na Administração direta e indireta, inclusive as admissões realizadas “por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”, quando deverão analisar se se encontra presente alguma das hipóteses previstas na lei editada com o escopo de regulamentar o art. 37, IX, da Constituição da República.

Verificada a legalidade do ato analisado, promove-se o seu registro. Constatada, contudo, a existência de vícios naquele, os Tribunais de Contas, de acordo com o disposto no art. 71, da Carta Magna, assinalarão prazo à Administração para que adapte o ato à legislação pertinente. Não sendo sanado o vício dentro do prazo assinalado, os Tribunais de Contas sustarão a execução do ato, comunicando o ato de sustação ao Poder Legislativo<sup>83</sup>.

As decisões proferidas pelos Tribunais de Contas impõem-se à Administração, podendo ser questionadas apenas perante o Poder Judiciário.

Situação distinta, porém, se verifica quando a Administração, após haver sido devidamente registrado o ato de admissão, constata a necessidade de anulá-lo. Nessa hipótese, não estará impedida de anular o ato já registrado, diante de seu poder de autotutela. Contudo, na forma da Súmula 6, do Supremo Tribunal Federal, os efeitos do ato de anulação ficarão suspensos, aguardando o seu reexame pelo Tribunal de Contas, que reapreciará a matéria à luz dos fundamentos que justificaram a anulação do ato. Se, porventura, forem acolhidos os argumentos da Administração, o Tribunal de Contas procederá ao cancelamento do registro, podendo aquela fazer valer a sua decisão, impondo seus respectivos efeitos ao interessado. Por outro lado, se o Tribunal de Contas entender por bem não cancelar o registro do ato, a decisão da Administração não produzirá efeitos. Assim, as

---

<sup>83</sup> STF, MS n. 20.038-DF, rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 1º-11-1976; MS n. 20.691-8-DF, rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 18-12-1987; MS n. 20.615-2-RJ, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., *DJ* de 20-9-1991.

decisões dos Tribunais de Contas sobrepõem-se às da Administração, que poderá apenas questionar aquelas perante o Poder Judiciário, se assim entender necessário.

Além de adotarem providências no sentido de sanar as irregularidades constatadas nos atos analisados, os Tribunais de Contas poderão ainda, se for o caso, impor sanções aos responsáveis pela prática destes.

Nesse sentido são as lições de Antonio Silvio Magalhães Júnior:

Aplicado o prazo, nos moldes do inciso IX do artigo 71 (CF), diante da omissão da Administração Pública, o Tribunal de Contas, além da tradicional providência de *comunicar* as autoridades e órgãos competentes (Ministério Público e Procuradorias em geral) para que adotem as providências cabíveis, à vista dos supostos prejuízos financeiros e da caracterização de ato de improbidade, poderá, paralelamente, impor *sanções de natureza diversa*, nos termos da legislação infraconstitucional, como, por exemplo, o *afastamento* da autoridade responsável de seu cargo, emprego ou função de direção, ou mesmo impor-lhe *multa*, nos termos do artigo 71, inciso VIII; de igual sorte, poderá, *determinar a sustação da execução* do ato administrativo violador da ordem jurídica, invocando o inciso X do art. 71 (CF)<sup>84</sup>. (itálico original).

Semelhante é o magistério de Carlos Thompson Costa Fernandes, que preconiza que na hipótese de restar constatado que a ilegalidade verificada decorreu de ato, comissivo ou omissivo, praticado com dolo ou culpa, “cabe ao Tribunal de Contas determinar a instauração ou conversão do processo em tomada de contas especial, com vistas à apuração de responsabilidades e conseqüente ressarcimento dos valores pagos ilegalmente”<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> MAGALHÃES JÚNIOR, Antonio Silvio. *O controle externo da Administração Pública pelo Tribunal de Contas*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2005, p. 157.

<sup>85</sup> FERNANDES, Carlos Thompson Costa. *A despesa pública e o Tribunal de Contas*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2001, p. 176.

Na prática, porém, verifica-se que se tem tornado comum a figura da recomendação, comumente utilizada pelo Tribunal de Contas da União, por meio da qual, conforme assinala Antonio Silvio Magalhães Júnior:

[...] a indigitada Corte de Contas converte o julgamento em diligência, com vistas a “sugerir”, ao órgão ou entidade fiscalizada, a correção da ilegalidade apurada na instrução, sem contudo, chegar a proferir de decisório final sobre a questão<sup>86</sup>.

Não são submetidas a registro, porém, as nomeações para cargo de provimento em comissão, dada a precariedade de tais nomeações e, por certo, o seu grande volume.

Isso, contudo, não significa que não possam os Tribunais de Contas analisar a legalidade de tais atos. O que a Constituição exclui é a necessidade de registro dos atos de admissão para cargos de provimento em comissão, não a possibilidade de análise, por parte dos Tribunais de Contas, da legalidade de tais atos.

Dessa forma, no tocante à admissão de servidores, aos Tribunais de Contas restou reservada função de fundamental importância. A tais órgãos incumbe analisar a validade dos atos de admissão de servidores, verificando a compatibilidade destes com os preceitos contidos no ordenamento jurídico pátrio, bem como determinando a adoção de providências para o saneamento dos vícios porventura constatados, ou susando aqueles, na hipótese de as providências determinadas não serem adotadas.

---

<sup>86</sup> Op. cit., p. 160.

#### **4.1. O papel do registro efetuado pelos Tribunais de Contas no processo de admissão de servidores**

Como visto em item precedente, quando do registro das admissões realizadas pela Administração, os Tribunais de Contas analisam a validade de tais atos, investigando a compatibilidade destes com o ordenamento jurídico pátrio. Questiona-se, contudo, se a perfeição do ato de admissão estaria condicionada ao registro deste por parte dos Tribunais de Contas, ou seja, se o ato de registro faz parte do conjunto de atos que compõem o procedimento de admissão de servidores, ou se representa ato posterior a este, dele desvinculado.

Há quem entenda que o registro realizado pelos Tribunais de Contas seria o ato final de uma cadeia de atos necessários à formalização válida das admissões<sup>87</sup>. O ato de admissão, portanto, seria um ato composto, que somente após o registro alcança sua plenitude, adquirindo sua perfeição e confirmando sua validade.

Trata-se, no entanto, de entendimento que não albergamos.

A análise da questão, contudo, não prescinde de prévia compreensão dos conceitos de perfeição e eficácia.

Com efeito, ao conceituar o ato administrativo perfeito, Celso Antonio Bandeira de Mello afirma tratar-se do ato que completou o ciclo necessário à sua formação. O ato administrativo é perfeito, pois, quando esgotadas todas as fases necessárias à sua produção<sup>88</sup>. Neste sentido são também os ensinamentos de Regis Fernandes de Oliveira, que assevera:

---

<sup>87</sup> GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da administração pública e os tribunais de contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 71.

<sup>88</sup> *Curso de direito administrativo*, cit., p. 360.

Diz-se perfeito o ato administrativo quando nele se encontram todos os seus requisitos ou condições. Esgotadas as operações necessárias para sua existência jurídica, tem-se sua perfeição. Quando um ato completa seu ciclo de formação, possuindo todos os seus requisitos ou condições, diz-se perfeito<sup>89</sup>.

Dessa forma, o ato administrativo perfeito, conforme leciona Odete Medauar, é aquele que se mostra apto para ingressar no mundo jurídico<sup>90</sup>.

O momento em que o ato administrativo ingressa no mundo jurídico marca o início da sua vigência, ou seja, o momento a partir do qual ele se mostra capaz de produzir seus efeitos típicos.

Por conseguinte, a eficácia do ato, ou seja, nas palavras de Luís Roberto Barroso, a sua capacidade de atingir a finalidade para a qual foi gerado<sup>91</sup>, está intrinsecamente ligada à sua vigência. Para que possa ser eficaz o ato administrativo deve estar vigente, deve integrar o mundo jurídico, o que implica também afirmar que a eficácia do ato está condicionada à sua perfeição, na medida em que apenas o ato administrativo perfeito mostra-se apto a ingressar no ordenamento jurídico. Este é também o entendimento albergado por Themistocles Brandão Cavalcanti, que assevera que o ato perfeito é aquele que satisfaz “todas as exigências impostas pela lei, para que tenha plena eficácia”<sup>92</sup>, corroborado ainda por Flávio Bauer Novelli:

Assim, só o ato perfeito pode produzir, e, muitas vezes (sic), efetivamente produz, de imediato, as conseqüências jurídicas próprias do esquema normativo em relação ao qual vem a ser

---

<sup>89</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato administrativo*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 81.

<sup>90</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.164.

<sup>91</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 13.

<sup>92</sup> CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 272, v. 1.

reconhecido como perfeito; é, em outras palavras, eficaz ou operativo<sup>93</sup>.

Ocorre que a eficácia do ato de admissão não está condicionada ao seu registro. Antes mesmo de serem registrados, os atos de admissão já produzem os seus efeitos típicos, uma vez que a posse e o subsequente exercício não estão condicionados ao registro do ato de admissão por parte dos Tribunais de Contas. Em verdade, na prática, quando é efetivado o registro do ato de admissão de servidor, a posse já ocorreu há muito tempo, bem como a entrada em exercício do servidor admitido.

Dessa forma, acreditamos que o registro não faz parte do procedimento de admissão de servidores, que se completa com a posse e o subsequente exercício, decorrência natural desta. É a posse que marca o início dos direitos e deveres funcionais, como também gera restrições, impedimentos e incompatibilidades. Ocorrendo a posse, o cargo fica provido.

Assim, o registro é ato posterior ao de admissão, não ficando a perfeição e eficácia deste condicionadas à prática daquele. Trata-se, em verdade, de ato de controle, praticado posteriormente ao ato de admissão.

## **5. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

A terceirização é comumente definida como o processo de gestão empresarial por meio do qual se transfere para terceiros serviços que, originalmente,

---

<sup>93</sup> NOVELLI, Flávio Bauer. A eficácia do ato administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 60, p. 17, abr./jun. 1960.

deveriam ser realizados dentro da própria empresa, ou ainda, como modo de reorganização administrativa por meio da qual a execução de determinadas atividades acessórias de uma pessoa jurídica, pública ou privada, são transferidas a uma empresa contratada para esse fim.

Trata-se de prática largamente utilizada no âmbito da iniciativa privada, cujo surgimento se deu nos Estados Unidos da América, após a eclosão da Segunda Guerra Mundial. À época, as indústrias bélicas, optando por concentrar esforços no desenvolvimento de armamentos a serem usados no conflito, transferiam a empresas prestadoras de serviços a consecução de determinadas atividades, consideradas de suporte. Assim, por meio da terceirização, buscava-se permitir às empresas que se dedicassem a tarefas consideradas de maior relevo, transferindo a prestadores de serviços determinadas atividades, reputadas intermediárias no processo de produção.

No Brasil, tal processo foi introduzido nas décadas de 1950 a 1960, pelas empresas multinacionais, especialmente pelas indústrias de automóveis, que contratavam terceiros para a produção de peças, dedicando-se à reunião destas e montagem dos veículos.

Com o passar do tempo a terceirização restou amplamente difundida por todos os setores da iniciativa privada, alcançando, finalmente, a Administração Pública, à qual se apresentou como fórmula mágica para redução do quadro de servidores. Afinal, conforme assinala Rodolfo Pamplona Filho, “partindo-se da idéia do Estado Mínimo, apologia máxima do neoliberalismo, terceirizar é, sem sombra de

dúvida, uma das soluções, senão a grande solução para a Administração Pública moderna”<sup>94</sup>.

Atualmente, tal prática vem sendo largamente utilizada pelo Estado<sup>95</sup>, sendo o seu emprego inclusive previsto em alguns diplomas legais, como, por exemplo, a Lei n. 9.632/98, que dispõe sobre a extinção de cargos no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, e, em seu art. 2º, prevê que “as atividades correspondentes aos cargos extintos ou em extinção, constantes dos Anexos desta Lei, poderão ser objeto de execução indireta, conforme vier a ser disposto em regulamento”; o Decreto n. 2.271/97, que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, asseverando, no § 1º, do seu art. 1º, que “as atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta”; e a Lei Complementar n. 101/2000, Lei de Responsabilidade Fiscal, que, no § 1º, do seu art. 18, dispõe que “os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como ‘Outras Despesas de Pessoal’”, entre outros.

Entendemos, porém, que a terceirização não pode ser indistintamente aplicada pela Administração Pública.

---

<sup>94</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Terceirização e responsabilidade patrimonial da administração pública. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 11, p. 6, fev. 2002. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acessado em 26-11-2007.

<sup>95</sup> Já em 2002, o Tribunal de Contas da União, ao analisar as contas do Governo da República, se deparou com a questão do excesso de terceirizações operadas no âmbito do Estado, conforme se denota da Ata n. 19, de 11-6-2002, TCU, Plenário, publicada no *DOU* de 29-7-2002. À época, o Ministro Walton Alencar Rodrigues, relator do processo, ressaltou “o acentuado crescimento da terceirização de mão-de-obra na Administração Pública federal”, destacando que na “Administração direta, a despesa anual com a força de trabalho terceirizada supera, atualmente, a R\$1,5 bilhão, correspondente a 24% do total de gastos despendidos com pessoal civil ativo”.

Em verdade, acreditamos que, em face do disposto na Constituição da República, não é permitido ao Estado terceirizar atividades que originalmente deveriam ser desempenhadas por servidores ocupantes de cargos públicos<sup>96</sup>.

Isso porque, conforme dito anteriormente, tais servidores gozam de determinadas prerrogativas especiais, que lhes foram conferidas pela Constituição da República. Ora, ao atribuir a tais agentes determinadas garantias excepcionais, não extensíveis àqueles que se submetem ao regime jurídico previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, certamente o legislador constituinte o fez por serem elas imprescindíveis para a satisfação do interesse público. Do contrário, estar-se-ia diante de nítida hipótese de desvio de finalidade no exercício da função legislativa.

Portanto, sendo tais garantias fundamentais para a satisfação do interesse público, não se pode admitir sejam as atividades confiadas aos servidores titulares de cargos desempenhadas por agentes que não gozem de tais prerrogativas, como aconteceria na hipótese de admitir-se a terceirização, sob pena de não restar plenamente satisfeito o interesse público.

Dentro dessa perspectiva, no que se refere à Administração direta, autárquica e fundacional pública, apenas as atividades materiais subalternas podem ser terceirizadas pelo Estado, na medida em que somente estas podem ser desempenhadas sob o regime celetista.

Além disso, seja no que diz respeito à Administração direta, autárquica e fundacional pública, seja no que diz respeito às empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de Direito Privado, não se faz possível a terceirização

---

<sup>96</sup> Ao analisar a questão, em diversas oportunidades, o Tribunal de Contas da União externou entendimento no sentido de que é irregular a contratação de empresas para a prestação de serviços quando as tarefas a ser desenvolvidas integram o elenco das atribuições dos cargos permanentes, consoante se denota, por exemplo, dos processos TC-475.054/95-4, TC-000.384/90-9 e TC-225.096/93-5.

de serviços relacionados à atividade-fim<sup>97</sup> do ente contratante do serviço terceirizado, sob pena de vir a ser considerada ilícita a terceirização promovida.

Por derradeiro, também não se pode admitir a terceirização de atividades que impliquem o exercício de poder de polícia. Afinal, não se pode atribuir ao particular o exercício de atividades que o desigualem dos demais particulares. Neste ponto, preciosas são as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Deveras, a restrição à atribuição de atos de polícia a particulares funda-se no corretíssimo entendimento de que não se lhes pode, ao menos em princípio, cometer o encargo de praticar atos que envolvem o exercício de misteres tipicamente públicos quando em causa liberdade e propriedade, porque ofenderiam o equilíbrio entre os particulares em geral, ensejando que uns oficialmente exercessem supremacia sobre outros<sup>98</sup>.

Assim, não se pode admitir a terceirização de atividades que coloquem o particular responsável pela prestação do serviço em condição de supremacia sobre os demais, na medida em que tal situação somente se mostra admissível em circunstâncias excepcionais, não podendo ser adotada como regra.

### **5.1. Responsabilidade patrimonial do Estado pelos serviços terceirizados**

Conforme anteriormente dito, com a eleição do Estado Mínimo como ideal a ser alcançado a qualquer custo, a terceirização vem se tornando prática largamente adotada pela Administração Pública. Cada vez mais o Estado, com o

---

<sup>97</sup> No tocante à distinção entre atividades-fim e atividades-meio, reputamos precisas as palavras de Maurício Godinho Delgado. Segundo lições do citado autor, atividades-fim são “atividades nucleares e definitórias da dinâmica empresarial do tomador dos serviços”, ao passo que atividades-meio são “atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços” (*Curso de direito do trabalho*, 7. ed., São Paulo: LTr, 2008, p. 442-3).

<sup>98</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 5, p. 9, ago. 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acessado em 26-11-2007.

escopo de beneficiar-se da dinâmica e agilidade inerentes à iniciativa privada, bem como alcançar suas finalidades sem ampliar o seu quadro de servidores, busca desempenhar suas funções por intermédio de terceiros, aos quais transfere atividades consideradas acessórias.

Ocorre que, o que aqueles que defendem a terceirização como solução para todos os males não revelam, é que tal prática, muitas vezes, gera para o tomador dos serviços diversas conseqüências, que vão muito além da obrigação de adimplir o preço contratado.

No âmbito da iniciativa privada, dada a carência de normas específicas a respeito da questão, durante muito tempo a jurisprudência se debateu em torno do problema relacionado à responsabilidade a ser atribuída aos contratantes de empresas prestadoras de serviços terceirizados.

Com a edição da Súmula 331<sup>99</sup>, pelo Tribunal Superior do Trabalho, porém, a celeuma restou resolvida. Pacificou-se, por meio do mencionado verbete, entendimento no sentido de que duas podem ser as conseqüências principais advindas da terceirização de atividades.

Caso a terceirização promovida seja reputada lícita, sendo assim considerada, na forma do item III da Súmula n. 331, do Tribunal Superior do

---

<sup>99</sup> Súmula 331 do TST:

“CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE - Inciso IV alterado pela Res. 96/2000, DJ de 18-9-2000.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 3-1-1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20-6-1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei n. 8.666, de 21-6-1993)”.

Trabalho, aquela que diz respeito a trabalho temporário, nos moldes da Lei n. 6.019, de 3-1-1974, ou ainda a serviços de vigilância, de conservação e de limpeza, bem como a “serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta”, a contratante dos serviços responderá apenas subsidiariamente, por eventuais obrigações trabalhistas que não tenham sido cumpridas pela contratada, no que diz respeito àqueles empregados desta que estejam vinculados à prestação dos serviços pactuados.

Nesta hipótese, a responsabilidade da empresa tomadora dos serviços encontra espeque nas idéias de culpa *in eligendo* e risco. Responderá a empresa contratante pelos débitos trabalhistas da contratada por não ter selecionado companhia idônea, bem como por ter auferido benefícios em decorrência das atividades que deram ensejo aos débitos em discussão. É o que leciona Alice Monteiro de Barros, ao asseverar que:

Trata-se de uma responsabilidade indireta, fundada na idéia de culpa presumida (*in eligendo*), ou seja, na má escolha do fornecedor da mão-de-obra e também no risco (art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002), já que o evento, isto é, a inadimplência da prestadora de serviços decorreu do exercício de uma atividade que se reverteu em proveito do tomador<sup>100</sup>.

Outrossim, a responsabilidade da tomadora dos serviços funda-se ainda na idéia da culpa *in vigilando*. Assim, em virtude de não ter fiscalizado o cumprimento, pela contratada, das obrigações trabalhistas concernentes aos empregados desta, responsáveis pela prestação dos serviços pactuados, responderá a contratante pelos débitos daquela.

---

<sup>100</sup> Op. cit., p. 445.

Caso o serviço terceirizado diga respeito à atividade-fim<sup>101</sup> da empresa, ou entre esta e os empregados da empresa responsável pela atividade terceirizada existam pessoalidade e subordinação direta, será reputada ilícita a terceirização. Sendo considerada ilícita a terceirização, configura-se a existência de vínculo empregatício entre a empresa contratante e o empregado da contratada responsável pela prestação dos serviços, de maneira que aquela responderá diretamente por eventuais obrigações trabalhistas que esta não tenha cumprido.

Tais critérios e conseqüências aplicam-se plenamente no que diz respeito à iniciativa privada.

No que se refere à Administração Pública, porém, a questão torna-se mais complexa, especialmente em virtude do quanto disposto no art. 71 da Lei 8.666/93, *in verbis*:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferem à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução

---

<sup>101</sup> Há, porém, quem defenda que mesmo a terceirização de serviços relacionados à atividade-fim da empresa se faz possível, contanto que os empregados das empresas terceirizadas responsáveis pela prestação do serviço contratado não preencham, com relação à empresa tomadora do serviço, os requisitos previsto no art. 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Neste sentido já se pronunciou Sérgio Pinto Martins, para quem "não se pode afirmar, entretanto, que a terceirização deva se restringir a atividade-meio da empresa, ficando a cargo do administrador decidir tal questão, desde que a terceirização seja lícita, sob pena de ser desvirtuado o princípio da livre iniciativa contido no artigo 170 da Constituição. A indústria automobilística é exemplo típico de delegação de serviços de atividade-fim, decorrente, em certos casos, das novas técnicas de produção e até da tecnologia, pois uma atividade que antigamente era considerada principal pode hoje ser acessória. Contudo, ninguém acoimou-a de ilegal. As costureiras que prestam serviços na sua própria residência para as empresas de confecção, de maneira autônoma, não são consideradas empregadas, a menos que exista o requisito subordinação, podendo aí ser consideradas empregadas em domicílio (art. 6º da CLT), o que também mostra a possibilidade da terceirização da atividade-fim" (*A terceirização e o direito do trabalho*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 99-100).

do contrato, nos termos do art. 31 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991.

Em razão do dispositivo em questão, há quem afirme que o Estado não responde por eventual descumprimento, pelas empresas contratadas para prestar os serviços porventura terceirizados, das obrigações trabalhistas concernentes aos empregados responsáveis pelo desempenho de tais atividades. Tal inteligência, porém, mostra-se incompatível com o contido na Carta Magna.

Isso porque, por meio do seu art. 37, § 6º, a *Lex Legum* consagrou a responsabilidade objetiva do Estado pelos atos de seus agentes. Ora, na hipótese de terceirização de atividades, a empresa contratada atua em nome do Estado, pelo que, tendo aquela causado danos a terceiros, no caso, os empregados, que restaram lesados no tocante aos seus direitos trabalhistas, este deve responder por tais danos, independentemente de ter concorrido com culpa para a ocorrência do prejuízo em questão. Afinal, tendo o legislador constitucional ampliado a responsabilidade estatal, não poderia o legislador infraconstitucional limitá-la, quanto mais suprimi-la, como ocorreria caso aplicado o dispositivo em comento.

Ainda que não fosse objetiva a responsabilidade do Estado, quando menos, responderia ele por ter agido com culpa, seja por ter celebrado contrato com empresa inidônea (*culpa in eligendo*), seja por não ter fiscalizado o cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada (*culpa in vigilando*). Nesse sentido, precisas são as lições de Maurício Godinho Delgado:

Ora, a entidade estatal que pratique terceirização com empresa inidônea (isto é, empresa que se torne inadimplente com relação a direitos trabalhistas) comete culpa *in eligendo* (má escolha do contratante), mesmo que tenha firmado a seleção por meio de processo licitatório. Ainda que não se admita essa primeira dimensão da culpa, incide, no caso, outra dimensão, no mínimo, a

culpa *in vigilando* (má fiscalização das obrigações contratuais e seus efeitos)<sup>102</sup>.

Logo, não há como se admitir se exima a Administração Pública de responder pelos danos causados por aqueles que estavam atuando em seu nome, na medida em que assumiu esse risco ao terceirizar suas atividades.

Ademais, conforme assinala Alice Monteiro de Barros:

[...] admitir a isenção contida nessa norma implica conceder à Administração Pública [...] um privilégio injustificável em detrimento da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho preconizados pela própria Constituição, como fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III e IV)<sup>103</sup>.

Em verdade, mesmo que analisado isoladamente, o dispositivo em questão mostra-se inaceitável. Isso porque, flagrante e injustificada a dicotomia existente entre os §§ 1º e 2º daquele, conforme alerta Rodolfo Pamplona Filho, ao chamar à atenção “a situação flagrantemente anômala de convívio entre a total irresponsabilidade (§ 1º) e a solidariedade absoluta (§ 2º), sem que haja uma justificativa legal razoável para esse tratamento desigual”<sup>104</sup>. Nada justifica possa o Estado responder solidariamente “pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato” e não possa responder subsidiariamente pelos “*encargos trabalhistas*”.

Consolidando entendimento que já vinha sendo adotado no âmbito jurisprudencial, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Resolução n. 96/2000, que alterou o item IV, da Súmula 331, que passou<sup>105</sup> a prever que:

---

<sup>102</sup> Op. cit., p. 461.

<sup>103</sup> Op. cit., p. 526.

<sup>104</sup> Op. cit., p. 7.

<sup>105</sup> Originalmente o verbete em questão não mencionava os “órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista”.

[...] o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

Dessa forma, atualmente, o Estado responde subsidiariamente pelos débitos trabalhistas daquelas empresas que venham a prestar os serviços que porventura opte por terceirizar.

No entanto, ao contrário do que ocorre no que concerne às empresas privadas, ainda que seja reputada ilícita a terceirização praticada pela Administração Pública, em respeito ao quanto disposto no art. 37, II, da Constituição da República, não haverá como se falar em reconhecimento de vínculo empregatício entre esta e os empregados da empresa contratada responsáveis pela prestação do serviço terceirizado. Neste sentido aponta o item II, da Súmula n. 331, do Tribunal Superior do Trabalho, que dispõe que “a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional”.

## CAPÍTULO III

### EXTINÇÃO DO VÍNCULO MANTIDO ENTRE O ESTADO E OS SERVIDORES

#### TITULARES DE CARGOS

1. Prerrogativas que limitam as hipóteses de extinção do vínculo mantido entre o Estado e o servidor titular de cargo de provimento efetivo. 1.1. Estabilidade. 1.2. Vitaliciedade. 2. Espécies de extinção do vínculo mantido entre o Estado e o servidor titular de cargo. 2.1. Extinção decorrente de ato administrativo. 2.1.1. Exoneração. 2.1.1.1. Exoneração decorrente da inércia do servidor. 2.1.2. Redução de despesas. 2.1.3. Revogação do ato de provimento. 2.1.4. Demissão. 2.1.4.1. Prática de crime contra a Administração Pública. 2.1.4.2. Abandono de cargo. 2.1.4.3. Inassiduidade habitual. 2.1.4.4. Improbidade administrativa. 2.1.4.5. Incontinência pública e conduta escandalosa na repartição. 2.1.4.6. Insubordinação grave em serviço. 2.1.4.7. Ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular. 2.1.4.8. Aplicação irregular de dinheiros públicos. 2.1.4.9. Revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo. 2.1.4.10. Lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional. 2.1.4.11. Corrupção. 2.1.4.12. Acumulação ilegal de cargos públicos. 2.1.4.13. Inobservância dos incisos IX a XVI do art. 117 da Lei 8.112/90. 2.1.4.14. Processo administrativo disciplinar. 2.1.4.14.1. Repercussão da sentença penal no processo administrativo disciplinar. 2.1.5. Pedido de aposentadoria. 2.1.5.1. Custeio da previdência. 2.1.5.2. Proventos. 2.2. Extinção decorrente de fato natural. 2.2.1. Morte. 2.2.2. Invalidez. 2.2.3. Idade-limite. 3. A cassação de aposentaria. 4. Extinção do vínculo mantido com os servidores ocupantes de cargo em comissão.

### **1. PRERROGATIVAS QUE LIMITAM AS HIPÓTESES DE EXTINÇÃO DO VÍNCULO MANTIDO ENTRE O ESTADO E O SERVIDOR TITULAR DE CARGO DE PROVIMENTO EFETIVO**

Com o objetivo de assegurar que os servidores estatais submetidos ao regime estatutário gozassem de maior independência no exercício de suas

competências, não se sujeitando a interesses alheios ao interesse público, tampouco a pressões externas ou mesmo internas, o legislador constituinte outorgou-lhes, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, determinadas “proteções peculiares”<sup>106</sup>. Essas proteções possuem como escopo garantir uma ação impessoal por parte do Estado, desvinculada de eventuais interesses políticos ou econômicos.

Algumas destas proteções peculiares, com o escopo de evitar venha o servidor, unicamente por medo de perder o cargo, a cumprir ordens superiores que estejam em desacordo com a lei ou mesmo praticar atos ilícitos, limitam as hipóteses nas quais se admite o rompimento do vínculo mantido entre o servidor e o Estado. É o caso da estabilidade e da vitaliciedade, que, por restringirem as possibilidades de extinção do liame mantido entre os servidores estatutários e o Estado, merecerão análise no presente trabalho, ainda que breve.

### **1.1. Estabilidade**

A estabilidade, em virtude do disposto no § 1º do art. 41 da *Lex Legum*, é comumente conceituada pela doutrina como o direito de que goza o servidor, titular de cargo de provimento efetivo, de não ser desligado, senão em virtude de sentença judicial transitada em julgado, de processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa ou ainda em razão de procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, no qual lhe seja assegurada ampla defesa.

---

<sup>106</sup> *Curso de direito administrativo*, cit., p. 238.

Acreditamos, porém, sem embargo do respeito devido àqueles que o adotam, que o conceito em questão carece de ampliação. Isso porque, conforme será analisado mais detidamente em tópico subsequente, em virtude do quanto disposto no § 4º do art. 169 da Constituição da República, inserido pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998, o desligamento de servidores estáveis passou a ser admitido<sup>107</sup> também quando tal medida se mostrar necessária à adequação das despesas com pessoal, ativo e inativo, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos limites fixados em lei complementar, desde que tal finalidade não tenha sido alcançada mediante a adoção das providências contidas no § 3º do artigo em questão.

Assim, sem embargo dos questionamentos a respeito da impossibilidade de aplicação do dispositivo em questão aos servidores que já haviam ingressado no serviço público à época em que foi publicada a EC n. 19/98, assunto ao qual retornaremos em tópico destinado a abordar especificamente as hipóteses em que a extinção do liame mantido entre o servidor e o Estado decorre da necessidade de redução de despesas, entendemos que, atualmente, a estabilidade pode ser conceituada como sendo o direito que o servidor estatutário, ocupante de cargo de provimento efetivo, possui de somente ser desligado dos quadros do Estado em virtude do cometimento de falta funcional para a qual seja prevista pena de demissão, após regular processo administrativo, em que lhe seja assegurada ampla defesa, ou sentença judicial transitada em julgado; em razão de procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar<sup>108</sup>, no qual seja respeitada a garantia da ampla defesa; ou, ainda,

---

<sup>107</sup> Consoante será visto em tópico específico, a constitucionalidade da emenda promovida é amplamente questionada pela doutrina, sendo diversas as opiniões a respeito.

<sup>108</sup> Conforme assinala Regis Fernandes de Oliveira, o dispositivo que prevê a realização de avaliação periódica de desempenho e a possibilidade de perda do cargo pelo servidor estável que não obtiver

quando tal providência se mostrar necessária à adequação das despesas com pessoal, ativo e inativo, do ente ao qual esteja vinculado, aos limites fixados em lei complementar editada com fulcro no art. 169 da Constituição da República.

Em sua redação original, a Constituição da República condicionava a aquisição da estabilidade unicamente ao fato de, após haver sido aprovado em concurso público, ter o servidor exercido suas atividades durante dois anos. Assim, para que o titular de cargo de provimento efetivo pudesse tornar-se estável, bastava que tivesse sido aprovado em concurso público e contasse com “dois anos de efetivo exercício”. Com a Emenda Constitucional n. 19/98, porém, a situação sofreu sensível mudança. Isso porque, em virtude das alterações promovidas pela aludida Emenda no art. 41, da Carta Magna, a obtenção da estabilidade passou a depender não apenas da aprovação em concurso público e do decurso do tempo, cujo interstício restou ampliado para 3 anos<sup>109</sup>, em oposição aos dois anos anteriormente previstos, mas também de “avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade” (art. 41, § 4º, da CF/88).

Portanto, atualmente, para a aquisição da estabilidade, deve o servidor, aprovado em concurso público, cumprir três anos de efetivo exercício e

---

desempenho satisfatório nesta, a saber, o inciso III, do § 1º, do art. 41, da Constituição da República, “não é auto-aplicável” (*Servidores públicos*, cit., p. 40). Trata-se de norma de eficácia limitada, uma vez que a sua eficácia está condicionada à edição de lei complementar. Enquanto não sancionada a lei complementar em questão, não poderá ser realizada a avaliação de desempenho prevista no dispositivo em questão.

Atualmente tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 248-D (PLC 00043/1999), de 1998, remetido à Câmara dos Deputados em 18-4-2000, em virtude de ter sido aprovado com emendas pelo Senado, que disciplina a aplicação do dispositivo em questão.

O mencionado Projeto de Lei, além de estabelecer os critérios a serem empregados para a avaliação dos servidores, que deverão ser previamente comunicados a estes, e a periodicidade com que aquela ocorrerá, estipula ainda como será composta a comissão responsável pela elaboração do termo de avaliação. Determina, outrossim, que, tendo apontado deficiências no servidor avaliado, o termo de avaliação deverá propor o treinamento necessário para que o servidor atinja o desempenho desejado. Apenas se, depois do treinamento, o servidor não melhorar o seu desempenho é que poderá ser demitido, mediante a instauração de processo administrativo com esta finalidade, no qual lhe seja assegurada ampla defesa.

<sup>109</sup> O art. 24, da Emenda Constitucional 19/98, porém, assegurou àqueles servidores que, à época da sua publicação, já haviam ingressado no serviço público, a manutenção do prazo de dois anos para aquisição da estabilidade.

lograr êxito em avaliação especial de desempenho realizada por comissão instituída para essa finalidade<sup>110</sup>.

Somente alcançam a estabilidade, contudo, repita-se, os servidores titulares de cargos de provimento efetivo. Não se tornam estáveis os servidores ocupantes de cargos em comissão. Afinal, além de a Constituição, em seu art. 41, ao prever tal garantia, fazer expressa menção aos “servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público”, tal prerrogativa é incompatível com a transitoriedade de exercício que caracteriza os cargos em comissão.

Durante o período de três anos que se segue à sua investidura, denominado estágio probatório (art. 20 da Lei n. 8.112/90), o servidor deverá ter suas atividades acompanhadas por agentes competentes, para que seja verificada a sua aptidão para o cargo e o desempenho das funções pertinentes. Essa avaliação deve ser feita levando em consideração fatores como assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade. De acordo com o § 1º, do art. 20, da Lei 8.112/90, quatro meses antes do término do estágio probatório o processo de acompanhamento e avaliação do servidor será submetido à autoridade competente para homologação.

Entendemos, porém, que, com a inclusão do § 4º, no art. 41, da Constituição da República, promovida pela Emenda Constitucional n. 19/98, o ideal seria que o acompanhamento do servidor fosse feito pelos próprios membros da comissão prevista no mencionado dispositivo, que ao final do estágio probatório se

---

<sup>110</sup> Caso, porém, tal comissão não seja constituída, não poderá ser o servidor prejudicado pela inércia do Estado, pelo que, ao término do período de estágio probatório, deverá ser considerado estável. Outrossim, havendo sido constituída tal comissão, na hipótese de esta não proferir sua decisão ao final do interstício mencionado, deverá ser considerado estável o servidor até que a manifestação em questão sobrevenha. Do contrário estar-se-ia dando margem a que eventualmente pudesse vir a ser o servidor privado de tal garantia unicamente em virtude de omissão empreendida pela comissão responsável pela realização da avaliação.

encarregariam de realizar a avaliação especial de desempenho. Assim, não haveria necessidade de homologação do processo de acompanhamento e avaliação. Ademais, evitar-se-ia entendimentos conflitantes a respeito da aptidão do servidor para o cargo.

De qualquer forma, havendo sido constatada, no curso do estágio probatório, a inaptidão do servidor para o cargo e o desempenho das funções pertinentes, será ele exonerado do cargo ou reconduzido ao cargo que anteriormente ocupava, se já era efetivo. Tais providências, contudo, não prescindem da realização de processo administrativo, no qual seja assegurada ao servidor ampla defesa.

Uma vez estável, conforme dito, o servidor somente poderá ser desligado dos quadros do Estado na hipótese de ter cometido falta funcional para a qual seja prevista pena de demissão, após regular processo administrativo ou judicial; em razão de procedimento de avaliação periódica de desempenho, no qual lhe seja assegurada ampla defesa; ou, ainda, quando tal providência se mostrar necessária à adequação das despesas do ente ao qual esteja vinculado aos limites impostos por lei complementar editada com esta finalidade.

A estabilidade, porém, não pode ser interpretada como o direito ao cargo, mas sim à permanência no serviço público<sup>111</sup>. Neste sentido manifesta-se Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao advertir que “a estabilidade se dá no serviço público e nunca no cargo”<sup>112</sup>. Dessa forma, ainda que o servidor seja estável, o cargo por ele ocupado poderá ser extinto ou declarado desnecessário, quando então aquele, na forma do disposto no § 3º, do art. 41, da Carta Magna, “ficará em

---

<sup>111</sup> Em que pese a estabilidade não se dar no cargo, mas sim no serviço público, na hipótese de o servidor vir a habilitar-se a cargo de natureza diversa, integrante de carreira distinta, deverá submeter-se a novo estágio probatório para adquirir a estabilidade.

<sup>112</sup> Op. cit., p. 204.

disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo”.

As garantias acima elencadas são apontadas pela Carta Magna como traços distintivos entre os servidores dotados de estabilidade e aqueles que ainda não alcançaram tal direito. Entendemos, porém, que, no tocante aos servidores titulares de cargo de provimento efetivo ainda não estáveis, as principais diferenças existentes entre eles e os servidores estáveis, no que se refere às hipóteses de desligamento dos quadros do Estado, dizem respeito aos benefícios que estes gozam, em face daqueles, quando necessária adoção de medidas para redução de despesas com pessoal ativo e inativo, bem como ao direito à disponibilidade remunerada, quando extinto ou declarado desnecessário o cargo que ocupava.

Isso porque, tal como ocorre com os servidores dotados de estabilidade, também os servidores que ainda não sejam estáveis, na hipótese de cometerem falta funcional que enseje a aplicação da pena de demissão, somente poderão ser desligados dos quadros do Estado mediante a instauração de processo administrativo, no qual lhes seja assegurada ampla defesa. Trata-se de mera decorrência do quanto disposto no art. 5º, LIV e LV, da Carta Magna. Portanto, a necessidade de instauração de processo administrativo disciplinar, no qual seja assegurada ampla defesa, para aplicação da pena de demissão não é prerrogativa exclusiva dos servidores estáveis.

Outrossim, ainda no que diz respeito aos servidores titulares de cargo de provimento efetivo que estejam no curso de estágio probatório, na hipótese de se entender que não comprovaram aptidão para o cargo, ou seja, que não demonstraram o preenchimento dos requisitos necessários ao desempenho deste, tal como ocorre quando o servidor estável não logra êxito em procedimento de

avaliação periódica de desempenho, deve lhes ser assegurada ampla defesa. Não poderão, portanto, conforme dito, ser exonerados sem que lhes seja facultada a oportunidade de demonstrar que aquela avaliação feita a seu respeito não condiz com a realidade. Assim, tampouco a faculdade de contrapor-se à opinião no sentido de que o desempenho que apresenta é insuficiente para o desempenho do cargo que ocupa seria suficiente para distinguir tais espécies de servidores.

Já o direito à disponibilidade remunerada, na hipótese de ser extinto ou declarado desnecessário o cargo que ocupava, bem como o direito a somente ser excluído do serviço público, por necessidade de adequação dos gastos com pessoal aos limites impostos pelo ordenamento jurídico, quando todas as outras providências adotadas tiverem sido insuficientes, são inerentes à estabilidade, não se aplicando aos servidores que não gozem desta garantia<sup>113</sup>, ainda que titulares de cargos de provimento efetivo. Apresentam-se, por conseguinte, no que se refere aos servidores titulares de cargos de provimento efetivo, como principais fatores de distinção entre os servidores estáveis e aqueles ainda não dotados de estabilidade.

Esse raciocínio, no entanto, não se aplica aos servidores titulares de cargos em comissão. Afinal, estes, consoante se verá em tópico específico, podem ser exonerados unicamente com base em critérios de conveniência e oportunidade, o que não ocorre no que diz respeito aos servidores estáveis.

## **1.2. Vitaliciedade**

---

<sup>113</sup> No que diz respeito ao direito à disponibilidade, o entendimento no sentido de que este não assiste ao servidor em estágio probatório já restou pacificado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula 22, que assevera que “o Estágio probatório não protege o funcionário contra a extinção do cargo”.

Analisados alguns dos aspectos concernentes à estabilidade, cumprenos agora considerar outra garantia outorgada a alguns servidores, que interessa para fins do presente trabalho: a vitaliciedade.

A vitaliciedade é a prerrogativa que impede a perda do cargo, salvo por sentença transitada em julgado, aposentadoria compulsória, exoneração a pedido ou morte do servidor. Assim, os servidores que gozam da garantia da vitaliciedade, diversamente dos servidores estáveis, não podem ser excluídos dos quadros do estado em virtude de avaliação periódica de desempenho, à qual sequer se submetem, tampouco em virtude da necessidade de redução de despesas com pessoal.

Atualmente, a Constituição da República outorga a prerrogativa da vitaliciedade apenas aos magistrados (art. 95, I), aos membros dos Tribunais de Contas (arts. 73, § 3º, e 75), aos membros do Ministério Público (art. 128, § 5º, I, a) e aos oficiais militares (art. 142, § 3º, VI).

A aquisição da vitaliciedade, ao contrário do que ocorre com a estabilidade, não está condicionada à realização de avaliação especial de desempenho. A simples investidura no cargo ou, em alguns casos, esta, acrescida do decurso do tempo, são suficientes para produzir tal efeito. Dessa forma, os magistrados investidos em cargos vinculados ao primeiro grau de jurisdição adquirem a vitaliciedade após dois anos de exercício. Neste período a perda do cargo pode decorrer de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado. Também os membros do Ministério Público devem ter dois anos de exercício para que possam ser considerados vitalícios. No que concerne aos demais agentes, o direito à vitaliciedade resulta da própria investidura.

Tal garantia, contudo, conforme entendimento consolidado por meio da Súmula 11 do STF, não impede a extinção do cargo. Assim, ocorrendo esta, consoante preconiza o aludido verbete, o servidor ficará “em disponibilidade, com todos os vencimentos”.

## **2. ESPÉCIES DE EXTINÇÃO DO VÍNCULO MANTIDO ENTRE O ESTADO E O SERVIDOR TITULAR DE CARGO**

O vínculo constituído entre o servidor e a Administração, como regra geral<sup>114</sup>, tem por característica básica a continuidade. O liame estabelecido não possui natureza efêmera, deve perdurar no tempo, por prazo indeterminado, não se extinguindo em virtude do mero decurso de determinado lapso temporal. Trata-se de característica que pode ser considerada, inclusive, decorrência lógica do Estado de Direito, que possui como traço marcante a busca pela preservação da estabilidade das relações constituídas sob sua égide.

Isso não significa, porém, que deva persistir eternamente ou, quando menos, até o falecimento do servidor. Essa, seguramente, não é a hipótese.

Em verdade, o liame mantido entre a Administração e o servidor pode sim romper-se. Quando isso ocorre são feitos os ajustes necessários, recebendo o servidor os valores que lhe são devidos. Ocorre, conforme ensinamento de

---

<sup>114</sup> Como exceção a essa regra apresenta-se o vínculo estabelecido com fulcro no art. 37, IX, tratado no Capítulo II do presente trabalho.

Diogenes Gasparini, “o retorno das partes à situação de alheamento que antes existia entre elas”<sup>115</sup>.

Diversas são as causas que podem ocasionar a extinção da relação jurídica mantida entre o servidor e a Administração. Pode o rompimento decorrer de um ato administrativo, bem como de um fato natural. Pode resultar da vontade do servidor, ou ainda da vontade da Administração. Enfim, muitas são as razões que podem ensejar a quebra do liame existente, razão pela qual serão elas abordadas detalhadamente, nos itens abaixo.

### **2.1. Extinção decorrente de ato administrativo**

Uma das causas que pode ensejar a exclusão do servidor do quadro de pessoal da Administração Pública direta, autárquica ou fundacional é a prática, por parte desta, de um ato administrativo.

Tais atos administrativos podem ser praticados de ofício, isto é, independentemente de provocação. Fala-se, então, em exoneração, demissão ou revogação do ato de provimento. Também é praticado de ofício o ato que extingue a relação institucional mantida com o servidor com o escopo de reduzir despesas, na forma do quanto disposto no § 4º, do art. 169, da Constituição da República, em virtude de haverem sido ultrapassados os limites impostos por lei complementar prevista no *caput* do aludido artigo.

Os atos destinados a extinguir o vínculo mantido entre a Administração e o servidor titular de cargo podem também ser perpetrados em virtude de vontade manifestada pelo servidor, ou seja, em razão de pleito por este apresentado.

---

<sup>115</sup> Op. cit., p. 232.

Neste particular, cumpre salientar que a natureza não contratual do liame estabelecido entre a Administração e os servidores submetidos ao regime estatutário impede possam esses, por vontade própria, promover a extinção do liame mantido com aquela. Isto somente poderá correr mediante a prática de um ato administrativo. Apenas ao Estado cabe a tarefa de promover o rompimento da relação jurídica mantida com o servidor. Assim, este não pode, apenas em razão de haver manifestado seu interesse em não mais permanecer vinculado à Administração, abandonar o exercício do cargo que lhe foi confiado, devendo aguardar que a extinção do vínculo se concretize.

Quando a vacância do cargo decorre da vontade manifestada pelo servidor, ou seja, é resultado de um ato praticado pelo Estado mediante provocação, fala-se em exoneração e aposentadoria facultativa.

### 2.1.1. Exoneração

Exoneração, nas palavras de Lúcia Valle Figueiredo, “é o ato administrativo constitutivo cuja finalidade é extinguir a relação jurídico-funcional entre o servidor ou funcionário e o Estado”<sup>116</sup>. Representa, portanto, ato por meio do qual a Administração opera o desligamento dos seus quadros do servidor submetido ao regime estatutário.

A exoneração pode-se dar de ofício. Contudo, não é todas as vezes que a Administração pratica voluntariamente um ato com o escopo de romper o liame mantido com o servidor estatutário que se pode falar em exoneração. Conforme assinala Edimur Ferreira de Faria, a “exoneração dá-se de ofício, durante

---

<sup>116</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 601.

o período probatório, se o servidor não atender às condições do estágio, e nos casos de servidores ocupantes de cargos comissionados ou função de confiança”<sup>117</sup>. Assim, como regra, podem ser exonerados de ofício os servidores ocupantes de cargos em provimento efetivo que ainda não tiverem completado o período de estágio probatório e aqueles ocupantes de cargos em comissão ou função de confiança.

Não é livre a Administração, no entanto, para exonerar tais servidores, ainda que instável o liame com eles mantido.

No tocante aos servidores ocupantes de cargos em comissão, trataremos da questão em item específico.

Quanto aos servidores que se encontram em estágio probatório, a exoneração deve ocorrer quando estes não demonstrarem, durante o interstício em questão, o preenchimento, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, dos “requisitos necessários para o desempenho do cargo, relativos ao interesse no serviço, adequação, disciplina, assiduidade e outros do mesmo gênero”<sup>118</sup>.

Dessa forma, o servidor que, no curso do estágio probatório, não comprova possuir aptidão para o cargo, isto é, não se mostra capaz de desempenhar a contento as tarefas inerentes a este, deve ser exonerado. Não se trata de uma faculdade da Administração, mas sim de um dever, na medida em que não deve manter em seus quadros servidor cujo desempenho se mostra incapaz de satisfazer o interesse público.

Tendo a exoneração como causa a inaptidão do servidor para o exercício do cargo que lhe foi confiado, importante se faz, conforme alertam Lúcia

---

<sup>117</sup> FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 138.

<sup>118</sup> Op. cit., p. 512.

Valle Figueiredo<sup>119</sup>, Regis Fernandes de Oliveira<sup>120</sup> e Diogenes Gasparini<sup>121</sup>, entre outros, seja observada a garantia do contraditório. Por conseguinte, ao servidor deve ser facultada a oportunidade de contrapor-se aos elementos que conduziram à avaliação que lhe foi desfavorável, produzindo provas que evidenciem a incorreção desta, bem como que preenche os requisitos necessários para o desempenho do cargo. Não pode ser exonerado sem que lhe seja permitido demonstrar que a avaliação feita a seu respeito não corresponde à realidade.

A exoneração pode decorrer ainda de requerimento apresentado pelo servidor titular de cargo. Isso porque, em virtude da natureza do vínculo mantido entre este e a Administração, não pode ele romper tal liame por um ato próprio. Assim, nas palavras de Marçal Justen Filho, “cabe ao Estado produzir um ato unilateral, ainda que produzido em virtude de manifestação do particular”<sup>122</sup>.

Dessa forma, mesmo quando ocorre em virtude de pleito apresentado pelo servidor, a extinção do vínculo depende de ato a ser praticado pela Administração. Por conseguinte, não pode aquele, apenas por ter manifestado interesse em não mais permanecer vinculado ao Estado, deixar de desempenhar a função que lhe foi confiada, sob pena, inclusive, de incorrer na falta prevista no art. 138, da Lei n. 8.112/90. Deve o servidor aguardar a prática pelo Estado do ato destinado a promover o rompimento do liame, para, somente então, cessar suas atividades.

Podem ser exonerados a pedido tanto os servidores ocupantes de cargos em comissão como aqueles que são titulares de cargos em provimento efetivo, mesmo quando já encerrado o período concernente ao estágio probatório.

---

<sup>119</sup> Op. cit., p. 601.

<sup>120</sup> *Servidores públicos*, cit., p. 91.

<sup>121</sup> Op. cit., p. 234.

<sup>122</sup> Op. cit., p. 643.

Como regra, não pode a Administração recusar-se a promover a exoneração do servidor que apresenta requerimento neste sentido. Trata-se de um direito deste, que não é obrigado a permanecer vinculado ao Estado.

Situações há, porém, em que o próprio ordenamento jurídico, buscando preservar o interesse público, restringe a possibilidade de exoneração a pedido. É o caso, por exemplo, do art. 95, § 2º, da Lei n. 8.112/90, que dispõe que o servidor não poderá obter exoneração antes de completar período igual ao do afastamento que houver fruído para estudo ou missão no estrangeiro, salvo quando ressarcir ao Estado as despesas decorrentes de tal afastamento. O dispositivo em comento tem como escopo evitar que o servidor valha-se de recursos públicos para aprimorar-se profissionalmente e, posteriormente, não empregue em benefício da coletividade o conhecimento adquirido.

Nesse sentido aponta também o art. 172, do aludido diploma, que determina que “o servidor que responder a processo disciplinar só poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, acaso aplicada”. Isto ocorre em virtude de os efeitos da exoneração serem diversos daqueles que advêm da demissão, pelo que, como adverte José dos Santos Carvalho Filho, “não teria sentido conceder-se a exoneração diante da visível possibilidade de o servidor vir a ser demitido”<sup>123</sup>. Buscou o legislador, portanto, evitar venha o servidor, por meio do pedido de exoneração, impedir a ocorrência de conseqüências mais gravosas, que certamente adviriam na hipótese de concluir a Administração tratar-se de hipótese que justificaria a sua demissão. Em tal contexto, ainda nas palavras do citado autor, o correto “é aguardar-se o desfecho do processo administrativo: havendo demissão,

---

<sup>123</sup> Op. cit., p. 517.

não haverá ensejo para conceder-se exoneração; sendo diversa a punição, a exoneração pode ser normalmente concedida”<sup>124</sup>.

Pode ocorrer, no entanto, de a Administração, equivocadamente, exonerar o servidor que esteja respondendo a processo disciplinar que possa ensejar a sua demissão. Ocorrendo tal situação e concluindo-se, no processo promovido, pela demissão do servidor, entendemos que deve ser anulado o ato de exoneração, praticando-se ato de demissão, o que, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, “na prática, significa a conversão da exoneração em demissão”<sup>125</sup>.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, contudo, adota-se entendimento diverso. Quando do julgamento do Recurso em Mandado de Segurança, tombado sob o n. 11.056<sup>126</sup>, ao analisar situação na qual o servidor foi exonerado a pedido, de acordo com programa de demissão voluntária, e, posteriormente, encerrou-se processo disciplinar no qual se concluiu pela sua demissão a bem do serviço público, entendeu a aludida Corte que, uma vez exonerado o servidor, rompeu-se o vínculo estatutário que mantinha com a Administração, pelo que esta não pode pretender aplicar àquele pena disciplinar.

#### 2.1.1.1. Exoneração decorrente da inércia do servidor

Fala-se também em exoneração, na forma do inciso II, do art. 34, da Lei n. 8.112/90, quando o servidor, tendo tomado posse, não entra em exercício no prazo estabelecido.

---

<sup>124</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>125</sup> Op. cit., p. 518.

<sup>126</sup> RMS 11.056, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJ* de 1º-10-2001.

Trata-se de hipótese na qual o rompimento do vínculo decorre, assim como na exoneração a pedido, de uma manifestação de vontade do servidor, que enseja a prática, pelo Estado, de um ato destinado a pôr fim àquele. Esta vontade, contudo, não é externada através de uma ação, de um requerimento apresentado pelo servidor à Administração no sentido de que seja extinta a relação jurídica com ela mantida, mas, sim, por meio de uma omissão. Da omissão do servidor, que deixa de entrar em exercício dentro do prazo, depreende-se a sua intenção de não se manter vinculado à Administração.

Na forma do § 1º, do art. 15, da Lei n. 8.112/90, “é de quinze dias o prazo para o servidor empossado em cargo público entrar em exercício”. Este interstício deverá ser contado a partir da data da posse. Assim, se dentro do prazo em questão o servidor não se apresentar para desempenhar as atividades inerentes ao cargo para o qual foi nomeado, deve a Administração exonerá-lo.

Entendemos, porém, que o dispositivo em questão não pode ser interpretado de forma fria e desarrazoada. Certamente não deve a Administração aguardar indefinidamente que o servidor se apresente para exercer o cargo que lhe foi confiado, até mesmo porque isso poderia ensejar prejuízo para o interesse público. Contudo, acreditamos que, na hipótese de, antes de concretizada a exoneração, comprovar o servidor que não entrou em exercício em virtude de motivo alheio à sua vontade, cuja ocorrência não pôde impedir, deve-se evitar a prática do ato destinado a pôr termo ao vínculo, admitindo-se entre em exercício o servidor.

Seria o caso, por exemplo, de servidor que, em virtude de acidente aéreo, não consegue se apresentar para entrar em exercício, dentro do prazo previsto no § 1º, do art. 15, da referida lei, somente o fazendo dois dias após o aludido interstício. Em tal hipótese certamente não se afigura razoável seja impedido

de entrar em exercício unicamente em virtude de um atraso de apenas dois dias, para o qual aquele não contribui e que não poderia ter evitado.

Assim, acreditamos que, tendo decorrido o atraso de fato para o qual o servidor não concorreu e que não poderia ter evitado, apresentando-se este antes de praticada a exoneração, deve-se admitir entre em exercício.

### *2.1.2. Redução de despesas*

Com o advento da Emenda Constitucional n. 19, de 1998, que alterou o art. 169 da Constituição da República, criou-se nova hipótese que autoriza a extinção do vínculo mantido entre a Administração e o servidor.

Em razão da alteração promovida na Carta Magna pela aludida emenda, passou o Estado a ter a obrigação de romper o liame mantido com os seus servidores, ainda que sejam estes dotados de estabilidade, quando as despesas com pessoal ativo e inativo excederem os limites estabelecidos em lei complementar<sup>127</sup>.

Não pode, contudo, fazê-lo de maneira aleatória, escolhendo indiscriminadamente, entre os servidores estáveis e os não estáveis, aqueles que serão excluídos dos seus quadros.

---

<sup>127</sup> Atualmente estes limites encontram-se fixados pela da Lei Complementar n. 101, de 4-5-2000, denominada "lei de responsabilidade fiscal", que revogou a Lei Complementar n. 95, de 31-5-1999. Em virtude do aludido diploma as despesas da União com pessoal ativo e inativo estão limitadas ao percentual de 50% das suas receitas correntes, definidas pelo art. 2º, IV, da mencionada lei como o somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos, no tocante à União, os valores transferidos aos Estados e Municípios por determinação constitucional ou legal, e as contribuições mencionadas na alínea a do inciso I e no inciso II do art. 195, e no art. 239 da Constituição; no que diz respeito aos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional; e na União, nos Estados e nos Municípios, a contribuição dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira citada no § 9º do art. 201 da Constituição. No que diz respeito aos Estados e Municípios este limite foi fixado em 60% das receitas correntes destes. A Lei Complementar n. 101 estabelece ainda limites internos de distribuição dos gastos.

Na forma do inciso I do § 3º do art. 169 da Constituição da República, devem ser primeiramente reduzidas, em pelo menos vinte por cento, as despesas com cargos em comissão e funções de confiança. Assim, inicialmente devem ser exonerados os servidores que ocupem tais cargos, de maneira a alcançar-se uma redução de pelo menos vinte por cento dos gastos com estes.

Se, a despeito da adoção da providência anteriormente mencionada, os gastos com pessoal ainda ultrapassarem os marcos impostos pela lei complementar, deve o Estado, então, exonerar os servidores não estáveis.

Apenas na hipótese de tais medidas mostrarem-se inócuas para conter o excesso de gastos detectado é que, na forma do § 4º, do aludido dispositivo constitucional, poderá o Estado excluir de seus quadros os servidores dotados de estabilidade<sup>128</sup>. Trata-se de situação na qual ocorre, nas palavras de Lúcia Valle Figueiredo, a “chamada ‘flexibilização’ da estabilidade para aqueles que já são estáveis”<sup>129</sup>.

Essa exclusão, contudo, na forma da Lei n. 9.801, de 14 de junho de 1999, editada com fulcro no § 7º do art. 169 da Constituição da República, que regulamentou o § 4º, do mencionado artigo, deve ser precedida de ato normativo

---

<sup>128</sup> O dispositivo em questão, inserido pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998, sempre ensejou muitas discussões no âmbito doutrinário. Parte da doutrina sustenta a inconstitucionalidade da emenda promovida, neste particular. Corroborando tal entendimento afirma-se que a perda de cargos por servidores estáveis ultrapassaria os limites do poder de emenda. Isso porque, não se poderia, por tal via, suprimir direito adquirido dos servidores, de somente serem excluídos dos quadros do Estado em virtude do cometimento de faltas funcionais para as quais seja prevista pena de demissão, após regular processo administrativo ou judicial. Neste sentido, por exemplo, são as sempre precisas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, cit., p. 246). Também Lúcia Valle Figueiredo questiona a aplicabilidade do dispositivo em questão. Preconiza a citada autora, contudo, solução distinta, afirmando que “as novas disposições constitucionais constituem-se em regime novo, apto a vigorar para as relações subjetivas surgidas pós-EC 19/98” (op. cit., p. 573). Há, contudo, quem afirme que a emenda promovida é perfeitamente compatível com a Carta Magna, sendo aplicável, inclusive, à relações constituídas antes da edição da referida emenda. Este é o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho, que afirma que, “se é certo que constitui direito adquirido dos servidores a estabilidade já adquirida antes da EC 19, não menos verdadeiro é o fato de que não há o direito a que sejam mantidos, no futuro, todos os direitos decorrentes da mesma estabilidade”, concluindo que “ofensa ao direito adquirido ocorreria, aí sim, se a EC 19 tivesse simplesmente deixado de considerá-los estáveis” (op. cit., p. 516).

<sup>129</sup> Op. cit., p. 573.

motivado, de cada um dos Poderes, que especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal, bem como o montante a ser economizado. Devem, portanto, inclusive com o escopo de evitar venha a Administração a valer-se da necessidade de reduzir despesas para praticar arbitrariedades, ser previamente definidos o percentual de despesas que se busca reduzir, o número de servidores a serem excluídos dos quadros do Estado e os órgãos em que estes se encontram.

Ainda assim, os servidores atingidos por tal medida não podem ser livremente escolhidos. Por meio do ato normativo anteriormente mencionado, como assinala José dos Santos Carvalho Filho, “para evitar discriminações pessoais entre servidores em idêntica situação jurídica, o que seria inconstitucional por violar o princípio da impessoalidade”<sup>130</sup>, devem ser estabelecidos critérios gerais e impessoais a serem observados para identificar os servidores a serem excluídos dos quadros do Estado. Dessa forma, somente os servidores que se adequarem a tais critérios poderão ser excluídos dos quadros do Estado.

Como critérios cuja adoção se faz possível para identificar os servidores a serem atingidos pelo ato em questão, a Lei n. 9.801/99, em seu art. 2º, § 2º, aponta o menor tempo de serviço, a maior remuneração e a menor idade. Estes, na forma do § 3º, do artigo em questão, poderão ser combinados “com o critério complementar do menor número de dependentes para fins de formação de uma listagem de classificação”.

Os cargos vagos em virtude da necessidade de redução de despesas, em razão do disposto no art. 4º, da Lei n. 9.801, deverão ser declarados extintos,

---

<sup>130</sup> Op. cit., p. 517.

sendo vedada a criação, em um prazo de quatro anos, de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas.

Os servidores estáveis que vierem a ser excluídos dos quadros estatais farão jus a uma indenização equivalente a um mês de remuneração por ano de serviço.

### *2.1.3. Revogação do ato de provimento*

A extinção do vínculo mantido entre o Estado e o servidor titular de cargo público pode decorrer ainda da revogação do provimento.

Isso porque, assim como a entrada do servidor em exercício deve ocorrer dentro de um determinado interstício, tal como exposto no item 2.1.1.1 do presente trabalho, também a posse deve se dar dentro de um prazo definido. Afinal, ao realizar o concurso público, o Estado o faz por possuir cargos vagos, que necessitam ser providos, em benefício do interesse público. Logo, não pode aguardar indefinidamente que os servidores nomeados tomem posse.

Nesse sentido o § 3º do art. 13 da Lei n. 8.112/90 determina que a posse ocorrerá no prazo de trinta dias, contados da publicação do ato de provimento.

Ocorre que, pelos mais diversos motivos, ao servidor, mesmo após a nomeação, pode não mais interessar integrar os quadros do Estado, razão pela qual pode ele não se apresentar para tomar posse. Em tais hipóteses, na forma do disposto no § 6º, do art. 13, da Lei n. 8.112/90, será tornado sem efeito o ato de provimento.

Trata-se de situação na qual o vínculo sequer alcança a perfeição, na medida em que o servidor nomeado não toma posse, externando interesse em não aceitar as atribuições, responsabilidades e direitos do cargo para o qual foi nomeado. Esta manifestação de vontade, tal como ocorre na exoneração decorrente da inércia do servidor, não é externada através de uma ação, mas sim através de uma omissão, que enseja a prática, pelo Estado, de um ato. Da omissão do servidor, que deixa de entrar em exercício dentro do prazo, depreende-se a intenção deste de não manter vínculo estatutário com a Administração.

Neste particular, reiteramos posicionamento externado no tocante à exoneração decorrente do fato de o servidor não se ter apresentado para entrar em exercício dentro do prazo fixado, quanto à possibilidade de se admitir a extrapolação do prazo fixado, desde que o atraso em questão não tenha decorrido da vontade do servidor e não pudesse ser evitado por este.

#### *2.1.4. Demissão*

Hipóteses há em que o rompimento do liame mantido entre o Estado e servidor titular de cargo de provimento efetivo decorre de falta cometida pelo servidor. Fala-se, então, em demissão, definida por Marçal Justen Filho como “uma sanção consistente na extinção do vínculo estatutário mantido pelo Estado com um servidor em virtude da prática de ato reprovável, nos termos da lei”<sup>131</sup>.

Trata-se, portanto, de ato que, nas palavras de Edimur Ferreira de Faria, “tem natureza punitiva”<sup>132</sup>. Possui como principal escopo castigar o servidor

---

<sup>131</sup> Op. cit., p. 644.

<sup>132</sup> Op. cit., p. 138.

que descumpriu deveres que lhe são impostos em virtude do cargo que lhe foi confiado, seja ele detentor de estabilidade ou não.

A demissão, contudo, pressupõe a existência de lei prevendo que determinadas condutas, se cometidas, ensejarão a aplicação de tal modalidade de sanção ao servidor. Não havendo lei preconizando que a prática de uma determinada falta implicará a demissão do servidor, não poderá ser este demitido em razão de falta que venha a praticar, por mais grave que seja esta. Nesse sentido são as lições de Odete Medauar:

As condutas consideradas infrações devem estar legalmente previstas; é ilegal apenar o servidor por atos ou fatos que não estejam caracterizados, na lei, como infrações funcionais. Essa caracterização se efetua nos estatutos e leis orgânicas, principalmente<sup>133</sup>.

Afinal, seja em virtude de o regime jurídico de Direito Administrativo punitivo se vincular ao de Direito Penal<sup>134</sup>, seja em virtude das características inerentes àquele, não se pode deixar de observar o princípio da legalidade quando da aplicação de sanções aos servidores.

A Lei n. 8.112/90, estatuto dos servidores federais, em seu art. 132, preconiza que a prática das seguintes condutas justifica a demissão do servidor

---

<sup>133</sup> Op. cit., p. 358.

<sup>134</sup> No tocante à aplicação ao Direito Administrativo punitivo do princípio da tipicidade, inerente ao Direito Penal, alerta Odete Medauar que esta se dá de forma mitigada, na medida em que, ao contrário do que ocorre neste, no âmbito daquele admite-se sejam as infrações descritas por meio de “fórmulas amplas e abertas” (op. cit., p. 358-9). Nesse sentido é também o entendimento esposado por Edmir Netto de Araujo, que assevera que “não se aplica rigidamente, no processo administrativo, o princípio da tipificação estrita, característico do Direito Penal, embora não se elimine o da ‘reserva legal’ (*nullum crimen sine lege*), pois reserva-se uma certa faixa, por assim dizer, ‘discricionária’ à autoridade, na apreciação dos fatos e na escolha da dosimetria da punição prevista, pois não só a infração como também a adequação da penalidade são propositadamente descritas de forma mais ampla e genérica nas leis administrativas” (*Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 885). Isso não significa, porém, a admissão do emprego de conotações subjetivas no exercício do poder disciplinar. Ainda que diante de fórmulas amplas e abertas, o servidor responsável pelo exercício do poder disciplinar deve atuar pautado por parâmetros objetivos.

titular de cargo: (I) crime contra a Administração Pública; (II) abandono de cargo; (III) inassiduidade habitual; (IV) improbidade administrativa; (V) incontinência pública e conduta escandalosa na repartição; (VI) insubordinação grave no serviço; (VII) ofensa física, em serviço, a servidor ou particular, salvo em legítima defesa, própria ou de outrem; (VIII) aplicação irregular de dinheiro público; (IX) revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo; (X) lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional; (XI) corrupção; (XII) acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; (XIII) transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117, do aludido diploma, que prevêm os seguintes comportamentos, (IX) valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública; (X) participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, salvo a participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros, e exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário; (XI) atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro; (XII) receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições; (XIII) aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro; (XIV) praticar usura sob qualquer de suas formas; (XV) proceder de forma desidiosa; e (XVI) utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares.

As hipóteses que acarretam a demissão do servidor, porém, não se encontram previstas unicamente na Lei 8.112/90. Também o Código Penal versa a

respeito da questão, em seu art. 92, I, a, ao dispor que a condenação penal acarreta a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, quando for imposta ao servidor pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou com violação de dever para com a Administração. Da mesma forma, o art. 12, III, da Lei 8.429/1992 prevê a perda da função pública na hipótese de condenação por crime contra a probidade administrativa.

Conforme se denota do exposto, as hipóteses de demissão, em sua grande maioria, dizem respeito a condutas reprováveis praticadas no âmbito das funções administrativas. Há, contudo, hipóteses em que a conduta exterior do servidor produz efeitos no vínculo por este mantido com a Administração, para efeitos de punição. É o que ocorre, por exemplo, com relação às hipóteses descritas no inciso V, do art. 132, da Lei n. 8.112/90, que diz respeito à “*incontinência pública*”, ou ainda àquelas descritas nos incisos XIII e XIV, do art. 117, do mencionado diploma, que mencionam a aceitação de “*comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro*” e a prática de “*usura sob qualquer de suas formas*”.

Outrossim, poderá ser demitido ainda o servidor em virtude da prática de crime que não tenha correlação com a função pública, na forma do disposto no art. 92, I, b, do Código Penal, caso lhe seja imposta pena privativa de liberdade com duração superior a quatro anos<sup>135</sup>.

A demissão poderá ainda ser acompanhada de outras punições, que não apenas a exclusão do servidor dos quadros da Administração. Nesse sentido, tanto a Lei n. 8.112/90 como também a Lei n. 8.429/92 – Lei de Improbidade

---

<sup>135</sup> Caso a privação de liberdade imposta seja inferior a quatro anos, o servidor permanecerá afastado de seu cargo ou função, fazendo jus sua família à percepção de auxílio-reclusão (art. 229 da Lei n. 8.112/90).

Administrativa elencam hipóteses nas quais os servidores demitidos em virtude de determinadas faltas, especialmente aquelas relacionadas à prática de atos atentatórios à moralidade administrativa, bem como que impliquem enriquecimento ilícito ou dano ao erário, ficam sujeitos a outras penas. É o caso, por exemplo, do servidor que, na forma do art. 132, IV, da Lei n. 8.112/90, seja demitido em virtude da prática de ato de improbidade administrativa. Nesta hipótese, além de perder o cargo, fica também o servidor, em virtude do disposto no art. 12 da Lei 8.429/92, sujeito a outras sanções, tais como a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial, entre outras. Outro exemplo que pode ser dado é o do servidor que é demitido em razão da aplicação irregular de dinheiro público (art. 132, VIII, da Lei n. 8.112/90). Além da demissão, em observância ao disposto no art. 136, do aludido diploma, ficará ele também sujeito às penas de indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário dos prejuízos causados.

A depender da gravidade da conduta praticada, a demissão pode ser ainda agravada com a proibição de o servidor voltar a ser investido em cargo, emprego ou função pública. Tal se dá quando, além de ter o servidor praticado infração grave, a sua permanência nos quadros da Administração é indesejável ao serviço público, pelo que o seu retorno fica vedado. Nesse sentido aponta o parágrafo único do art. 137 da Lei n. 8.112/90, ao dispor que não poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido em virtude de ter praticado as condutas descritas nos incisos I, IV, VIII, X e XI do art. 132 do diploma em comento. Assim, o servidor que houver sido demitido em razão da adoção de algum dos

comportamentos previstos nos dispositivos citados não mais poderá ser investido em cargo, emprego ou função pública.

Tal proibição de retorno ao serviço público, porém, poderá ser meramente temporária. É o que ocorre, na forma do *caput* do art. 132 da Lei 8.112/90, quando o servidor age de maneira que o seu comportamento se subsume a alguma das hipóteses descritas pelos incisos IX e XI do art. 117 do mencionado estatuto. Tendo sido o servidor excluído dos quadros da Administração em virtude da prática de conduta descrita em algum dos dispositivos em questão, ficará proibido de ser novamente investido em cargo público pelo prazo de cinco anos.

#### 2.1.4.1. Prática de crime contra a Administração Pública

A primeira das condutas apontadas pelo art. 132 da Lei 8.112/90, como capaz de justificar a aplicação da pena demissão ao servidor submetido ao regime estatutário, é a prática de “crime contra a administração pública”.

Por *crime contra a administração pública* entende-se todos aqueles praticados pelo servidor contra o Estado, independentemente do diploma em que estejam inseridos. Assim, pratica a conduta em questão não apenas o servidor que comete algum dos ilícitos previstos nos arts. 312 a 327, do Capítulo I (*Dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral*), do Título XI (*Dos crimes contra a Administração Pública*), do Código Penal, mas aquele que perpetra qualquer espécie de delito contra o Estado, ainda que não esteja no exercício do cargo que ocupa. Nesse sentido manifesta-se, de maneira clara, Francisco Xavier da Silva Guimarães:

A primeira das causas elencadas, que enseja a pena demissória, consiste no cometimento, pelo servidor, de “crime contra a Administração Pública”.

O dispositivo sob exame, tal como redigido, pode induzir o leitor ao entendimento equivocado de que os crimes que o Código Penal tipifica como “praticados por funcionários públicos contra a administração em geral” (arts. 312-326) são exclusivamente aqueles que a Lei n. 8.112/90, por disciplinar a atividade funcional, estaria acolhendo como justificadores da demissão.

Os crimes, no entanto, referidos na Lei n. 8.112/90 são todos, sem exceção, os que se acham catalogados no Código Penal ou em leis extravagantes, que podem ser praticados pelos servidores contra o Estado<sup>136</sup>.

Assim, também a prática de crimes previstos em diplomas diversos, como, por exemplo, aqueles previstos nos arts. 89 a 99 da Seção III do Capítulo IV da Lei 8.666/93, autoriza a demissão do servidor, desde que o delito em questão seja cometido contra o Estado.

#### 2.1.4.2. Abandono de cargo

O art. 132, II, da Lei n. 8.112/90 aponta como causa de demissão do servidor o “abandono de cargo”, conduta definida no art. 138, do aludido diploma, como sendo a “a ausência intencional do servidor ao serviço por mais de trinta dias consecutivos”.

Trata-se de dispositivo que tem como escopo evitar a descontinuidade do serviço, evitando, dessa forma, eventual prejuízo ao interesse público. Afinal, conforme assinala Francisco Xavier da Silva Guimarães, “se o cargo existe é porque

---

<sup>136</sup> GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. *Regime disciplinar do servidor público civil da União*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 60.

se faz necessário”<sup>137</sup>, mais ainda, se o cargo existe é porque faz-se imprescindível para a satisfação do interesse público.

Consoante se depreende, porém, do art. 138, a ausência do servidor tem que ser intencional. Se esta decorrer de fatores alheios à vontade do servidor, não haverá como se falar que houve abandono do cargo. Assim, se o servidor comprovar ocorrência de motivo de força maior ou mesmo vício de vontade capaz de justificar a sua ausência, elide a aplicação da penalidade em questão. A ausência injustificada, no entanto, faz presumir o desinteresse do servidor em permanecer nos quadros do Estado.

#### 2.1.4.3. Inassiduidade habitual

De acordo com o art. 132, III, da Lei n. 8.112/90, a inassiduidade habitual autoriza a demissão do servidor. Por inassiduidade habitual entende-se, em razão do disposto no art. 139, do aludido diploma, “a falta ao serviço, sem causa justificada, por sessenta dias, interpoladamente, durante o período de doze meses”.

Justifica-se o dispositivo em comento na medida em que, conforme assinala Marcos Antonio Fernandes, “o servidor não pode – está claro – sobrepor o seu interesse pessoal aos da Administração Pública”<sup>138</sup>. Ademais, as ausências reiteradas do servidor revelam um acentuado grau de desinteresse desse para com o serviço, justificando assim seja excluído dos quadros do Estado, em benefício da preservação do interesse público.

---

<sup>137</sup> Op. cit., p. 70.

<sup>138</sup> FERNANDES, Marcos Antonio. *Regime jurídico do servidor público civil da União comentado*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 152.

Aqui, tal como ocorre no abandono de cargo, se a ausência do servidor for justificada, em virtude do disposto no art. 139, fica afastada a aplicação da sanção.

#### 2.1.4.4. Improbidade administrativa

Também deverá ser apenado com a demissão, em virtude do disposto no art. 132, IV, da Lei n. 8.112/90, o servidor que praticar ato de improbidade administrativa.

De acordo com Vera Scarpinella Bueno, em virtude do disposto na Lei 8.429/92, para que se possa falar em ato de improbidade, necessário se faz que o ato, além de ilegal, importe em violação de alguma das modalidades dos arts. 9º, 10 e 11. Assim, de acordo com a citada autora:

[...] são modalidades de improbidade: (a) uma ilegalidade que importe em enriquecimento ilícito (art. 9º); (b) uma ilegalidade que importe em lesão ao erário e desde que haja benefício de alguém (art. 10); ou (c) atentar contra os princípios da administração pública, entre eles a honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade (art.11)<sup>139</sup>.

Além disso, ainda de acordo com a autora citada, deve ser analisado também o aspecto subjetivo da conduta do agente.

Assim, a configuração da improbidade independe da existência de dano ao erário e da ocorrência de enriquecimento ilícito. Nesse sentido manifesta-se Juarez Freitas:

---

<sup>139</sup> BUENO, Vera Scarpinella. O art. 37, § 1º, da Constituição Federal, e a lei de improbidade administrativa. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 6, v. 1, p. 3, set. 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acessado em 1º-2-2008.

Neste prisma, ainda que a ação do agente público não cause qualquer dano material ao erário, nem enriquecimento ilícito, a violação grave do princípio da moralidade já possui o condão de configurar a improbidade administrativa do art. 37, § 4º, da Carta Magna, havendo improbidade por violação a princípio, desde que – como será enfatizado – haja inequívoca intenção desonesta e grave violação ao senso médio superior da moralidade vigente numa determinada comunidade<sup>140</sup>.

Por conseguinte, pratica ato de improbidade o servidor que, intencionalmente, age desonestamente, com o escopo de obter vantagem, para si ou para outrem, ou atenta contra os princípios da Administração Pública.

A demissão do servidor em virtude da prática de ato de improbidade, como regra, prescinde da existência de pronunciamento do Poder Judiciário acerca da questão, podendo decorrer de regular procedimento administrativo, no qual seja observado o devido processo legal, sendo assegurados ao servidor o contraditório e a ampla defesa. Em se tratando, porém, de servidor detentor da garantia da vitaliciedade, a submissão da questão ao Poder Judiciário mostra-se imprescindível (cf. Juarez Freitas, op. cit., p. 140).

#### 2.1.4.5. Incontinência pública e conduta escandalosa na repartição

De acordo com o art. 132, V, da Lei n. 8.112/90, deve ser apenado com a demissão o servidor que praticar “incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição”.

A incontinência pública, de acordo com Francisco Xavier da Silva Guimarães, “traduz-se na notoriedade da vida irregular, desregrada, às vezes até

---

<sup>140</sup> FREITAS, Juarez. O princípio jurídico da moralidade e a lei de improbidade administrativa. Apud BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord. Geral), MOTTA, Paulo Roberto Ferreira, e CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Direito administrativo contemporâneo – Estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 136.

mesmo devassa, suficiente para produzir a perda da respeitabilidade e refletir na confiabilidade do serviço executado”<sup>141</sup>. Trata-se, portanto, de atos que atentam contra a moral e os bons costumes.

A conduta escandalosa, por sua vez, diz respeito aos procedimentos que transcendem a normalidade, provocando, de acordo com Francisco Xavier, “sentimento coletivo de reprovação, indignação e vergonha em geral por atitude ou palavra indecorosa”<sup>142</sup>.

#### 2.1.4.6. Insubordinação grave em serviço

Igualmente enseja a demissão do servidor, de acordo com o art. 132, VI, da Lei n. 8.112/90, a prática de “insubordinação grave em serviço”.

Com efeito, conforme assinala Marcos Antonio Fernandes, “na relação profissional entre a administração pública e o servidor imperam, dentre outros, dois poderes exponenciais, que se inter-relacionam: o hierárquico e o disciplinar”<sup>143</sup>. Assim, em prol da satisfação do interesse público, o servidor tem o dever de obedecer não apenas às leis e aos regulamentos, mas também às ordens superiores.

Dessa forma, pratica ato de insubordinação grave o servidor que se manifesta explicitamente no sentido de descumprir ordem recebida. Trata-se, nas palavras de Francisco Xavier da Silva Guimarães, de:

[...] espécie do gênero indisciplina e se expressa na forma exacerbada de desrespeito, daí gerando a gravidade que se afere

---

<sup>141</sup> Op. cit., p. 75.

<sup>142</sup> Op. cit., p. 75.

<sup>143</sup> Op. cit., p. 152.

pela consciente postura funcional contrária à de obediência e de respeito exigidos para a regularidade do serviço público<sup>144</sup>.

#### 2.1.4.7. Ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular

Ainda de acordo com a Lei n. 8.112/90, mais precisamente com o inciso VII, do art. 132, do aludido diploma, a demissão do servidor será aplicada também nos casos de “ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem”.

Assim, será demitido o servidor que agredir fisicamente outro servidor ou mesmo terceiro estranho aos quadros do Estado, desde que essa agressão não seja praticada em legítima defesa própria ou de outrem, isto é, não tenha por escopo repelir agressão injusta, efetiva ou iminente, de forma moderada e apropriada, e ocorra *em serviço*, ou seja, no exercício da função.

#### 2.1.4.8. Aplicação irregular de dinheiros públicos

Prevê também o art. 132, VIII, da Lei n. 8.112/90, como causa capaz de ensejar a demissão do servidor, a “aplicação irregular de dinheiros públicos”.

Dessa forma, a aplicação de recursos pertencentes ao Estado de forma distinta da sua original destinação ou mesmo contrária ao ordenamento jurídico enseja a demissão do servidor.

#### 2.1.4.9. Revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo

---

<sup>144</sup> Op. cit., p. 76.

Aponta ainda o art. 132, da Lei n. 8.112/90, em seu inciso IX, como causa capaz de ensejar a demissão do servidor, a “revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo”.

Pratica a conduta prevista no preceito normativo em questão o servidor que revela informação que, pela sua natureza e relevância, deveria ter sido mantida em segredo. É o caso, por exemplo, do servidor que revela plano econômico a ser implantado, antes que esse seja posto em prática.

#### 2.1.4.10. Lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional

A pena de demissão também deverá ser aplicada nos casos em que o servidor causar “lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional” (art. 132, X, da Lei n. 8.112/90).

Pratica a conduta em questão não apenas o servidor que, em virtude de má administração, causa prejuízo financeiro aos cofres públicos, isto é, lesa os cofres públicos, mas também aquele que, de alguma outra forma, atinge o patrimônio do Estado, dilapidando-o.

#### 2.1.4.11. Corrupção

Em razão do disposto no art. 132, XI, da Lei n. 8.112/90, também deverá ser apenado com a demissão o servidor que praticar ato de corrupção.

Alerta Marcos Antonio Fernandes, porém, que:

[...] aqui a figura típica é mais ampla e genérica do que a constante do art. 317 do Código Penal. Enquanto este alude apenas à conduta passiva (negativa) do servidor, a do Estatuto, de que ora se cogita, abrange também, e de igual modo, a ação positiva<sup>145</sup>.

Assim, pratica a falta em comento não apenas o servidor que aceita suborno, como também aquele que oferece.

#### 2.1.4.12. Acumulação ilegal de cargos públicos

A acumulação de cargos, empregos ou funções públicas, em virtude do teor do art. 132, XII, da Lei n. 8.112/90, implica a aplicação da pena de demissão ao servidor que praticar tal falta.

Ocorre que, de acordo com o disposto no art. 37, XVI, da Constituição da República, a acumulação remunerada de cargos públicos é vedada, exceto, quando houver compatibilidade de horários e desde que observado o disposto no inciso XI, de dois cargos de professor, de um cargo de professor com outro técnico ou científico, ou, ainda, de dois cargos ou empregos de profissionais de saúde com profissões regulamentadas.

Assim, constatada a acumulação indevida, de acordo com o art. 133 do aludido diploma, o servidor será notificado “para, no prazo de cinco dias, apresentar defesa escrita” (§ 2º). De acordo com o § 6º do aludido diploma, na hipótese de restar caracterizada a acumulação ilegal e provada a má-fé, aplicar-se-á a pena de demissão, destituição ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade em relação aos cargos, empregos ou funções públicas em regime de acumulação ilegal.

---

<sup>145</sup> Op. cit., p. 154.

Contudo, dentro do prazo que lhe foi assinalado para apresentação de defesa, poderá o servidor optar por um dos cargos, o que “configurará sua boa-fé, hipótese em que se converterá automaticamente em pedido de exoneração do outro cargo” (§ 5º).

Dessa forma, a demissão do servidor está condicionada à comprovação da sua má-fé, não bastando, para ensejar a aplicação da pena em questão, a mera acumulação de cargos.

#### 2.1.4.13. Inobservância dos incisos IX a XVI do art. 117 da Lei

8.112/90

Poderá ainda, de acordo com o art. 132, XIII, da Lei n. 8.112/90, ser apenado com a demissão o servidor que praticar alguma das condutas descritas nos incisos IX a XVI do art. 117 do aludido diploma.

Assim, será demitido o servidor que: a) valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública; b) participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, salvo a participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros, e exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário; c) atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro; d) receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de

suas atribuições; e) aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro; f) praticar usura sob qualquer de suas formas; g) proceder de forma desidiosa; e h) utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares.

#### 2.1.4.14. Processo administrativo disciplinar

Dada a gravidade de que se reveste a demissão, a sua aplicação não pode ser feita unilateralmente pela Administração. A validade da punição imputada está condicionada à adoção de processo administrativo disciplinar<sup>146</sup>, definido por Odete Medauar como “a sucessão ordenada de atos, destinados a averiguar a realidade da falta cometida por servidor, a ponderar as circunstâncias que nela concorreram e aplicar as sanções pertinentes”<sup>147</sup>.

Trata-se, em verdade, de desdobramento lógico do princípio do devido processo legal e das garantias do contraditório e da ampla defesa, conforme entendimento esposado por Dinorá Adelaide Musetti Grotti, que assevera ainda que “o contraditório e a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, vêm assegurados em todos os processos, inclusive administrativos, desde que neles haja acusados ou litigantes”<sup>148</sup>.

Havendo, porém, necessidade de apuração dos fatos que porventura possam configurar a infração funcional, bem como quando existirem dúvidas acerca da autoria destes, o processo administrativo disciplinar será precedido de

---

<sup>146</sup> No caso dos servidores que gozem da garantia da vitaliciedade, porém, conforme anteriormente, visto, a realização de processo administrativo disciplinar não é suficiente, estando a demissão condicionada à obtenção de pronunciamento do Poder Judiciário.

<sup>147</sup> Op. cit., p. 362.

<sup>148</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Devido processo legal e o procedimento administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 18, p. 36, 1997.

sindicância. Trata-se, nas palavras de Edmir Netto de Araujo, da chamada “sindicância averiguatória”<sup>149</sup>.

A sindicância, portanto, nesta hipótese<sup>150</sup>, é a peça preliminar e informativa do processo administrativo disciplinar, por meio da qual se apura a prática de atos que possam configurar infração disciplinar, bem como a autoria destes. Traduz-se, consoante lição de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, “numa sucessão de atos de apuração de uma suposta irregularidade disciplinar, da qual resultará o arquivamento da iniciativa ou a instauração do processo administrativo disciplinar”<sup>151</sup>.

Trata-se, dessa forma, de procedimento investigatório, que pode resultar no arquivamento do caso, por haver sido constatada a inexistência de irregularidade ou ausência de autoria; ou na instauração do processo administrativo disciplinar, em virtude de ter sido verificada a existência de irregularidade e identificado o autor desta.

Por conseguinte, na sindicância não existem acusados ou litigantes, razão pela qual comumente afirma-se que a observância das garantias do contraditório e da ampla defesa não é necessária. Tal entendimento, todavia, não nos parece o mais acertado. E aqui, mais uma vez, mostram-se plenamente aplicáveis os ensinamentos de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, que, ao discorrerem acerca da importância de assegurar-se a plena vigência das garantias do contraditório e da ampla defesa, inclusive no curso da sindicância, asseveram:

---

<sup>149</sup> Op. cit., p. 867.

<sup>150</sup> O vocábulo sindicância é utilizado também, em algumas hipóteses, para designar o próprio conjunto de atos por meio dos quais se busca analisar a falta cometida pelo servidor, as circunstâncias em que esta ocorreu e aplicar as penalidades cabíveis. Fala-se então, segundo lição de Edmir Netto de Araujo, em “sindicância acusatória” (op. cit., p. 867). Trata-se de processo administrativo revestido de procedimento simplificado, em virtude da reduzida gravidade da falta cometida, que somente pode ser adotado quando para a infração cometida são cominadas as penas de advertência ou suspensão, esta de até trinta dias. Havendo possibilidade de aplicação de sanção distinta, é exigido o processo disciplinar, em virtude do disposto no art. 146, da Lei 8.112/90.

<sup>151</sup> Op. cit., p. 99.

Em segundo lugar, não há como aceitar-se a constrição da defesa, mesmo fora do campo da chamada sindicância punitiva, em razão de assegurar-se, mais tarde, a ampla defesa no processo administrativo. E disso não se fale, além do que antes já considerado (inexistência de suporte constitucional), porque o administrado e o servidor têm interesse legítimo inclusive à não instauração do processo em seqüência à sindicância, eis que tal instauração os coloca em situação defensiva (e, pois, *a priori* desfavorável), despoja-os do *status* de não-indiciados: a perda de qualquer direito ou situação somente é admissível com a observância do devido processo legal, o que supõe a amplitude da defesa e da prova (repita-se: Constituição Federal, art. 5º, LIV e LV)<sup>152</sup>.

Ademais, não se pode olvidar das conseqüências que um processo administrativo pode produzir na esfera pessoal do servidor. Afinal, a simples promoção, em face deste, de processo administrativo disciplinar que pode resultar na sua exclusão dos quadros da Administração, além de causar-lhe conseqüências psicológicas, muitas vezes de extrema gravidade, gera severas repercussões no seu meio profissional, ensejando danos à sua imagem que dificilmente serão reparados posteriormente.

Não se argumente que a simples promoção da sindicância, por si só, causaria tais efeitos. Afinal, a gravidade das conseqüências é amplamente distinta. Isso porque, em sendo a grande maioria das pessoas ignorantes no que diz respeito aos trâmites atinentes à aplicação das sanções disciplinares, a propositura de um processo administrativo disciplinar, após a realização de um procedimento investigatório destinado a apurar o cometimento de infração funcional, induz à crença de que o servidor que figura no pólo passivo daquele foi, de fato, o responsável pelo cometimento da falta apurada. Acredita, a grande maioria da população, que a ocorrência do fato foi apurada à exaustão, bem como a sua

---

<sup>152</sup> Op. cit., p. 100.

autoria, pelo que, se, mesmo após a realização de sindicância, o servidor permanece sendo responsabilizado por aquele, é porque realmente possui ligação com a infração verificada.

Assim, ainda que este venha a ser absolvido no âmbito do processo administrativo disciplinar, o dano à sua imagem já terá ocorrido e dificilmente será reparado integralmente, na medida em que, dada a falta de credibilidade que, infelizmente, assola muitas das instituições no Brasil, tendo sido atribuída responsabilidade ao servidor na sindicância, diversas são as hipóteses que serão suscitadas pela população em geral para justificar tal absolvição, desde a existência de acordos políticos a deficiências processuais. Jamais se cogitará que a absolvição se deu unicamente por ter sido permitido ao servidor produzir provas que evidenciassem a sua inocência. Situação distinta, porém, se verificaria se a inocência do servidor tivesse sido apurada já no âmbito da sindicância.

Dessa forma, acreditamos que, mesmo no âmbito da sindicância, devem ser preservadas as garantias do contraditório e da ampla defesa, sendo permitido ao servidor investigado produzir provas que comprovem a sua inocência, seja em virtude de não ter sido cometida a falta que se acreditava teria ocorrido, seja por não ter sido o responsável por esta.

Contudo, independentemente de terem sido garantidos, no curso da sindicância, o contraditório e a ampla defesa, nada autoriza a supressão, no processo administrativo disciplinar, da fase de instrução. Por conseguinte, no curso deste devem ser fielmente observadas as garantias em questão, sendo assegurado, ao servidor que figurar no pólo passivo daquele, o direito de manifestar-se a respeito das acusações que lhe estejam sendo imputadas, bem como de produzir provas.

Nesse sentido, precisas são as lições de Marcos Porta, que assevera:

[...] como o ato administrativo final tem o caráter disciplinar e restritivo de direitos, configura-se a situação de acusado e, em consequência, a necessidade de observância do art. 5º, incisos LV e LIV, da Constituição Federal<sup>153</sup>.

Assim, ao acusado deve ser permitido contrapor-se, por meio de defesa técnica, àquelas alegações que lhe sejam desfavoráveis, bem como produzir provas que evidenciem a veracidade das afirmações contidas em sua peça defensiva.

Neste particular, importa destacar que, conforme alerta Régis Fernandes de Oliveira, “a verdade sabida não mais subsiste no interior da Administração”<sup>154</sup>. Nas palavras de Francisco Xavier da Silva Guimarães, “por verdade sabida se há de entender o julgamento sumário de fato irregular praticado por servidor público, no exercício de suas funções, resultante de avaliação pelo conhecimento direto da autoridade administrativa que detém o poder punitivo”<sup>155</sup>. Assim, ainda que possua conhecimento pessoal e direto acerca da falta cometida pelo servidor, a autoridade responsável pela aplicação da sanção não poderá fazê-lo de imediato, sem qualquer procedimento. A acusação deve ser formalizada, concedendo-se ao servidor a possibilidade de defesa.

A demissão do servidor sem que este possa defender-se amplamente, no curso do processo administrativo disciplinar, implica flagrante nulidade, que poderá ser reconhecida pelo Poder Judiciário, com a determinação de reintegração do servidor aos quadros do Estado, com a consequente percepção dos vencimentos referentes ao período em que permaneceu afastado.

---

<sup>153</sup> PORTA, Marcos. *Processo administrativo e o devido processo legal*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 94.

<sup>154</sup> Op. cit., p. 140.

<sup>155</sup> Op. cit., p. 125.

Outrossim, em face da decisão que determinar a aplicação de sanção disciplinar cabe a interposição de recurso administrativo, seja na modalidade pedido de reconsideração, seja na modalidade recurso hierárquico.

*Repercussão da sentença penal no processo administrativo*

*disciplinar*

Conforme dissemos anteriormente, como regra, no curso do processo administrativo disciplinar, em respeito ao princípio do devido processo legal e às garantias do contraditório e da ampla defesa, deve-se assegurar ao servidor o direito de produzir provas que evidenciem a veracidade das alegações contidas em sua peça de defesa.

Exceção a essa regra, porém, se verifica quando a infração cometida houver sido apurada pelo juízo criminal. Com efeito, hipóteses há em que a conduta descrita como infração disciplinar pode também ser qualificada como crime. É o caso, por exemplo, das condutas descritas no Capítulo I, Título XI, do Código Penal, intitulado “Dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral”, que compreende os arts. 312 a 326. Assim, a mesma conduta pode estar sendo objeto de apuração no juízo criminal e por meio de processo administrativo disciplinar.

Ocorre que, na forma do quanto disposto no art. 935 do Código Civil, não se pode “questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”. Portanto, tendo sido constatada no juízo criminal a ocorrência do fato classificado como infração disciplinar, bem como apurada a sua autoria, a sentença proferida repercute

no âmbito disciplinar. Da mesma forma, quando o servidor é absolvido no juízo criminal, em virtude de haver sido provada a inexistência da infração ou demonstrado que não foi ele o responsável pela prática do ato em questão, deverá ser também absolvido no âmbito disciplinar. A instância penal, no caso, obriga a instância administrativa, de acordo, inclusive, com previsão expressa contida no art. 126 da Lei n. 8.112/90, que determina que “a responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria”. O mesmo ocorre ainda quando a absolvição na ação penal tem fundamento na constatação de que o ato foi praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito, em virtude do disposto no art. 65 do Código de Processo Penal.

Se a absolvição, no entanto, tiver como fundamento a ausência de prova do fato, ausência de prova da autoria, ausência de prova suficiente para a condenação ou ainda o fato de a conduta analisada não constituir infração penal, a sentença proferida pelo juízo criminal não produzirá efeitos na esfera disciplinar. Nesse sentido aponta a Súmula 18 do STF, que dispõe que “Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público”.

#### *2.1.5. Pedido de aposentadoria*

A aposentadoria, nas palavras de Celso Ribeiro Bastos, “é a denominação que se dá ao direito de alguém continuar a perceber uma quantia em

dinheiro mesmo depois de cessada a sua prestação laboral”<sup>156</sup>, ou seja, ainda segundo o citado autor, “é o direito à inatividade remunerada”<sup>157</sup>.

O pedido de aposentadoria formulado pelo servidor é comumente apontado como causa de extinção do vínculo mantido entre aquele e o Estado. Trata-se, contudo, sem embargo do respeito devido àqueles que adotam tal posicionamento, de entendimento com o qual não concordamos.

Não nos parece acertado afirmar que a aposentadoria do servidor extingue o vínculo que este mantinha com o Estado. O que ocorre, em verdade, é uma alteração na qualidade deste vínculo, que passa a possuir natureza previdenciária na medida em que o servidor, a partir do momento em que se aposenta, não mais integra a categoria dos servidores ativos, mas sim a dos inativos. No entanto, repita-se, não enseja o rompimento do liame mantido com o Estado.

Corroborando tal entendimento, a Constituição da República, ao fazer menção aos servidores aposentados, em diversos dispositivos, como, por exemplo, os arts. 29-A, 40, 169 e 234, utiliza-se da expressão “servidores inativos” para designá-los. Outrossim, também a Lei n. 8.112/90 conduz a tal conclusão, na medida em que admite que o servidor aposentado por invalidez retorne aos quadros do Estado na hipótese de recuperar a sua capacidade. Ora, ocasionasse a aposentadoria o rompimento do liame mantido com o Estado, certamente aquele somente poderia retomar as suas atividades junto ao Estado caso se submetesse a novo concurso público, o que não ocorre.

---

<sup>156</sup> Op. cit., p. 434.

<sup>157</sup> Idem, ibidem.

Logo, a aposentadoria não provoca o rompimento do liame mantido entre o servidor e o Estado, mas apenas altera-o. Nesse sentido é o entendimento esposado por Cármen Lúcia Antunes Rocha, que assevera:

Em se tratando de trabalhador público, o vínculo com o próprio Estado continua com a aposentação; apenas se altera a condição jurídica do agente, pois o seu *status* funcional passa a submeter-se a regime jurídico próprio à sua nova situação. Pela aposentadoria não cessa nem se extingue o vínculo jurídico que ligava o agente à entidade empregadora. O que se dá é uma alteração substancial do elo jurídico, de tal maneira que ele passa de uma a outra categoria de agentes atados ao Estado, tanto que ainda conta com um regime jurídico pelo qual a ele se atribuem direitos, deveres e responsabilidades perante e para com a entidade estatal<sup>158</sup>.

Assim também se posiciona Miguel S. Marienhoff, ao afirmar que “la jubilación en caso alguno produce la extinción de la relación de empleo; su único efecto es hacer que el funcionario pase de la situación de actividad a la de pasividad. Pero el agente público jubilado sigue siendo funcionario o empleado”<sup>159</sup>.

De qualquer forma, seja qual for o entendimento adotado a respeito dos efeitos produzidos pela aposentadoria no vínculo mantido entre o servidor e o Estado, o fato é que esta provoca a vacância do cargo, na medida em que deixa o servidor de exercer aquelas funções que lhe foram confiadas em virtude do cargo que ocupava.

Poderá decorrer a aposentadoria: a) do fato de haver o servidor completado certa idade, considerada como limite temporal à sua permanência nos quadros do Estado; b) da sua invalidez; c) do fato de ter atingido determinada idade,

---

<sup>158</sup> ROCHA, Cármen Lúcia. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 412, apud MODESTO, Paulo. Reforma da previdência e regime jurídico da aposentadoria dos titulares de cargo público. In: MODESTO, Paulo (Org.). *Reforma da previdência. Análise e crítica da Emenda Constitucional n. 41/2003*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 54.

<sup>159</sup> MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo* – tomo III B – Contractos administrativos. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 487.

bem como permanecido integrando os quadros do Estado por um número mínimo de anos e contribuído para a previdência por interstício previamente estipulado; ou ainda d) do fato de ter atingido determinada idade e permanecido integrando os quadros do Estado por um número mínimo de anos.

Nas duas primeiras hipóteses acima mencionadas, que serão tratadas em itens subseqüentes, a aposentadoria ocorre independentemente da vontade do servidor, uma vez que se considera que ele não mais possui condições de permanecer desempenhando função pública. Nas hipóteses contidas nas alíneas c e d, contudo, a aposentadoria está condicionada à apresentação de requerimento por parte do interessado. Fala-se então em aposentadoria voluntária.

A aposentadoria voluntária poderá ocorrer com proventos integrais<sup>160</sup> ou proporcionais ao tempo de contribuição. Ocorrerá com proventos integrais quando o servidor, além de contar com pelo menos 10 anos de serviço público e 5 no cargo em que se aposentará, tiver, no mínimo, 60 anos de idade e 35 de contribuição, se homem, ou 55 anos de idade e 30 de contribuição, se mulher. Serão proporcionais os proventos, no entanto, quando, além de contar com pelo menos 10 anos de serviço público e 5 no cargo, o servidor tiver, pelo menos, 65 anos de idade, se homem, e 60, acaso seja mulher.

Esta é a regra geral, aplicável a todos os servidores admitidos após o advento da Emenda Constitucional n. 41, de 2003. Porém, no que concerne aos servidores admitidos antes da mencionada emenda e, especialmente, antes da Emenda Constitucional n. 20, de 1998, diversas são as hipóteses de aposentadoria,

---

<sup>160</sup> Neste particular, cumpre invocar as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, que adverte que, a partir da Emenda n. 41, “quando se diz que os proventos serão integrais, isto não significa – como ocorria no passado – que corresponderão à integralidade dos vencimentos mensais que percebia na atividade ao se aposentar. Significa – isto, sim – que corresponderão ao montante dos valores que serviram de base de cálculo da sua contribuição previdenciária, apurada ao longo de toda a sua vida funcional (art. 40, § 3º), e devidamente atualizados na forma da lei (art. 40, § 17), porém, tendo a garantia de um determinado piso (...)” (*Curso de direito administrativo*, cit., p. 269).

em razão do emaranhado de disposições transitórias que emerge das aludidas Emendas e da Emenda Constitucional n. 47, de 2005.

Assim, em virtude do disposto no art. 2º, da Emenda Constitucional n. 41/2003, que repetiu diretriz contida no art. 8º, da Emenda Constitucional n. 20/98, poderão se aposentar com proventos proporcionais os servidores que, tendo ingressado no serviço público até a data da Emenda n. 20, possuam: (a) no mínimo, 53 anos de idade, se homem, e 48, se mulher; (b) 5 anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria; (c) tempo de contribuição igual ou superior a 35 anos, se homem, e 30, se mulher, somados a um período adicional equivalente a 20% do tempo que faltaria, à época em que foi publicada a emenda em questão, para que completasse o tempo anteriormente exigido para que pudesse aposentar-se.

Os servidores que optarem por se aposentar de acordo com a regra contida no art. 2º, da Emenda Constitucional n. 41/2003, terão seus proventos de aposentadoria reduzidos, para cada ano antecipado, considerando-se o limite da regra geral, em 3,5%, para aqueles que preencheram os requisitos até 31 de dezembro de 2005, e 5%, para os que atenderam tais condições a partir de 1º de janeiro de 2006.

Na hipótese de tratar-se de magistrado, de membro do ministério Público ou de Tribunal de Contas, o tempo de serviço exercido até a publicação da Emenda Constitucional n. 20/98 será contado com um acréscimo de 17%, se homem. Também será contado com um acréscimo de 17%, se homem, e 20%, se mulher, o tempo de serviço do professor, desde que este se aposente exclusivamente com o tempo de efetivo exercício nas funções de magistério.

Outrossim, a Emenda Constitucional n. 41/2003, em seu art. 6º, assegurou ainda, àqueles servidores que ingressaram no serviço público até a data

de sua publicação, o direito de se aposentar com proventos integrais, desde que tivessem: (a) 20 anos de efetivo exercício no serviço público; (b) 10 anos de carreira; (c) 5 anos no cargo em que se dará a aposentadoria; (d) 60 anos de idade, se homem, ou 55, se mulher; e (e) 35 anos de contribuição, se homem, ou 30, se mulher; desde que observado o quanto disposto no § 5º, do art. 40, da Carta Magna.

Já a Emenda Constitucional n. 47, de 2005, por meio de seu art. 3º, estipulou mais uma modalidade transitória de aposentadoria. De acordo com o dispositivo em questão, poderá aposentar-se com proventos integrais o servidor que, tendo ingressado no serviço público até 16-12-1998, tenha (a) 35 anos de contribuição, se homem, e 30, se mulher; (b) 25 anos de efetivo exercício no serviço público; (c) 15 anos de carreira; (d) 5 anos no cargo em que se dará a aposentadoria; e (d) idade correspondente a 60 anos, menos um ano para cada ano em que haja excedido o tempo de 35 anos de contribuição, se homem, ou idade correspondente a 55 anos menos 1 ano para cada ano que tenha excedido o tempo de 30 anos de contribuição.

O art. 4º da Emenda Constitucional n. 20/98 permite ainda seja computado como tempo de contribuição o tempo de serviço considerado para efeito de aposentadoria, ressalvando apenas a contagem de tempo de contribuição ficto, em atenção ao § 10, do art. 40, da Carta Magna. Tal dispositivo veio evitar que, com a mudança da regra para contagem do tempo necessário à concessão da aposentadoria, que deixou de observar o tempo de serviço para considerar o tempo de contribuição, restasse extremamente difícil, ou mesmo impossível, a aposentadoria daqueles servidores que ingressaram no serviço público antes da Emenda Constitucional n. 3, de 1993.

Tais regras, por óbvio, em respeito ao art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, não se aplicam àqueles servidores que, à época em que foi publicada a Emenda Constitucional n. 20/98, já haviam completado os requisitos para a obtenção da aposentadoria, com base nos critérios da legislação então vigente. Neste sentido dispôs, inclusive, a mencionada emenda, em seu art. 3º.

#### 2.1.5.1. Custeio da previdência

Antes da Emenda Constitucional n. 3, de 1993, a aposentadoria dos servidores submetidos ao regime estatutário representava um direito vinculado ao exercício do cargo público, sendo financiada inteiramente pelo Poder Público, sem contribuição do servidor. Com o advento da aludida emenda, porém, restou acrescido ao art. 40, da Carta Magna, o § 6º, que dispunha: “as aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei”. Assim, em virtude da alteração constitucional promovida, os servidores federais passaram a contribuir para o custeio dos benefícios previdenciários.

No tocante aos servidores estaduais e municipais, o art. 149, também da Constituição, em seu parágrafo único, facultava aos Estados, Municípios e ao Distrito Federal a instituição de “contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social”. Assim, poderiam tais entes optar por repartir, ou não, com os seus servidores o custeio do sistema de previdência.

A Emenda Constitucional n. 20/98, por sua vez, alterou o *caput* do art. 40, de maneira a instituir regime de previdência de “caráter contributivo, observados

critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial”. Manteve-se, dessa forma, a obrigatoriedade de contribuição por parte dos servidores federais. Contudo, permaneceu intocado o § 1º, do art. 149, de maneira que a questão atinente à cobrança de contribuição, no tocante aos servidores dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, permaneceu inalterada.

Com a Emenda Constitucional n. 41/2003 restou alterado o § 1º, do art. 149, para determinar que “os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União”. Assim, a situação dos servidores dos Estados, Municípios e do Distrito Federal restou equiparada à dos servidores federais.

Dessa forma, tanto no âmbito da União, como no dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, a previdência passou a ser custeada também como recursos dos respectivos servidores.

Além disso, a Emenda Constitucional n. 41/2003 alterou ainda o *caput* do art. 40, estabelecendo que também os servidores inativos e os pensionistas deveriam contribuir para o custeio da previdência, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos, incidente sobre o montante dos proventos de aposentadorias e pensões que superar o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 (§ 18 do art. 40). Se se tratar, porém, de portador de doença incapacitante, em virtude do disposto no § 21 do mencionado art. 40, a contribuição em questão incidirá apenas sobre o montante que ultrapassar o dobro do limite indicado no § 18.

Outrossim, a aludida emenda, em seu art. 4º, estabeleceu ainda que, mesmo aqueles que, à época da sua publicação, já estavam aposentados ou no gozo de pensões, bem como os servidores que já haviam cumprido, com base na legislação precedente, os requisitos necessários à obtenção da aposentadoria, deveriam contribuir para o custeio da previdência, em percentual igual ao estabelecido para os titulares de cargos públicos. Limitou, porém, a base de cálculo de tais contribuições à parcela dos proventos e pensões que supere 50% do limite máximo de benefícios do regime geral da previdência social, caso os servidores sejam vinculados aos Estados, Municípios ou ao Distrito Federal, e 60%, caso vinculados à União.

Trata-se, no entanto, de dispositivo que viola de maneira flagrante o princípio da segurança jurídica, bem como as garantias do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. Afinal, tais servidores e pensionistas, à época em que restou publicada a emenda em questão, já haviam adquirido o direito a fruir dos proventos, nos moldes até então vigentes, ou seja, sem que sobre eles incidissem descontos concernentes a eventual contribuição para manutenção da previdência. Não poderiam, portanto, vir a sofrer descontos futuros a título de contribuição, uma vez que desta forma estar-se-ia alterando situação já consolidada.

Neste particular cumpre ainda salientar que o ato jurídico perfeito e o direito adquirido estão expressamente incluídos entre os direitos e garantias individuais, pelo que são protegidos por cláusula pétrea, de acordo com o disposto no art. 60, § 4º, IV, da Constituição da República, de maneira que não podem ser suprimidos nem mesmo por emenda constitucional.

Contudo, a despeito da flagrante inconstitucionalidade do dispositivo em questão, conforme assinala Celso Antônio Bandeira de Mello, “esta espantosa

ofensa a ato jurídico perfeito e direitos adquiridos foi amparada pelo Supremo Tribunal Federal, que em teratológica decisão, no mês de agosto de 2004, fez submergir no País o princípio da segurança jurídica”<sup>161</sup>.

Portanto, na atualidade, a Previdência tem caráter contributivo e solidário<sup>162</sup>, sendo custeada mediante contribuições dos entes públicos, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

#### 2.1.5.2. Proventos

A partir da Emenda Constitucional n. 41/2003, os proventos de aposentadoria dos servidores que fazem jus à aposentação com proventos integrais, de acordo com o § 6º, do art. 40, da Constituição da República, são calculados tendo como base as remunerações utilizadas para fins de apuração das contribuições do servidor aos regimes de previdência previstos nos arts. 40 e 201, da Carta Magna, de acordo com o disposto na Lei n. 10.887, de 18-6-2004. Assim, na forma do diploma legal em questão, o valor dos proventos será obtido pela média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas para base de cálculo da contribuição para os regimes previdenciários, relativamente a 80% de todo o tempo de contribuição desde a competência de julho de 1994 ou desde o início da contribuição, se ela teve início depois daquela competência. Se a média obtida ultrapassar o valor da remuneração percebida pelo servidor por ocasião da sua

---

<sup>161</sup> *Curso de direito administrativo*, cit., p. 274.

<sup>162</sup> O caráter solidário da Previdência decorre do fato de que cada servidor contribui para manutenção do sistema como um todo. Como assinala Regis Fernandes de Oliveira, a “solidariedade pressupõe que não haverá plano de aposentação individual como no Chile, em que cada servidor faz sua aposentadoria, em conta individual” (op. cit., p. 105).

passagem para inatividade, o excesso será abatido, correspondendo os proventos a quantia equivalente àquela que o servidor percebia à época da sua aposentadoria.

Assim, quando se fala em proventos integrais não se está afirmando que o servidor aposentado perceberá proventos em valor equivalente à integralidade dos vencimentos que recebia quando estava em atividade, como ocorria no período anterior à mencionada Emenda.

Restaram, porém, assegurados limites mínimos aos proventos, que corresponderão, para os servidores que percebiam vencimentos iguais ou inferiores ao limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, da Constituição, ao total do que o servidor percebia no cargo em que se aposentou, e, para os servidores que percebiam quantia superior a tal limite, este montante, acrescido de 70% da diferença existente entre ele e os vencimentos a que o servidor fazia jus no cargo em que se aposentou.

Estes limites, conquanto não sejam expressamente estabelecidos no tocante à aposentadoria, decorrem de mera interpretação da Constituição da República. Isso porque, o § 7º, do art. 40, daquela, expressamente estabelece tais quantias como pisos para as pensões por morte. Ora, como assinala Celso Antônio Bandeira de Mello, “não se suporia que a pensão a que fazem jus os beneficiários do servidor pudesse ser maior do que a aposentaria dele”<sup>163</sup>. Certamente eventual intelecção neste sentido seria completamente inadmissível, não havendo justificativas que pudessem ampará-la. Ademais, o § 2º, do citado art. 40, equipara o tratamento dado às pensões e às aposentadorias, no que diz respeito aos valores. Evidente, portanto, que os mesmos limites adotados para as pensões devem ser também empregados no que se refere às aposentadorias.

---

<sup>163</sup> *Curso de direito administrativo*, cit., p. 270.

Essas balizas, porém, poderão ser desrespeitadas, na forma do § 14, do art. 40, da Carta Magna, incluído pela Emenda Constitucional n. 20/98, na eventualidade de restar instituído regime de previdência complementar<sup>164</sup>. Nesta hipótese poderá ser fixado como limite máximo para as aposentadorias e pensões aquele estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social previsto no art. 201. Poderá o servidor, portanto, vir a receber quantia inferior àquela prevista no § 6º, do art. 40, da Constituição da República. O regime de previdência complementar, contudo, no tocante aos servidores que ingressaram no serviço público antes da sua instituição, somente poderá ser adotado mediante prévia e expressa opção destes (art. 40, § 16, da CF/88).

No que diz respeito aos proventos proporcionais, são estes apurados com base em uma proporção da totalidade das remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor para a Previdência, devidamente atualizadas.

Quanto aos reajustes futuros a serem aplicados aos benefícios concedidos aos aposentados e pensionistas, a Emenda Constitucional n. 41/2003 alterou o § 8º do art. 40 da Carta Magna, incluído pela EC n. 20/98, que dispunha que “os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei”. Em virtude da modificação

---

<sup>164</sup> Este regime, além de possuir caráter complementar, deverá ser organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência e ao regime de previdência próprio dos servidores submetidos ao regime estatutário. Deverá, outrossim, ser administrado por entidade fechada de previdência complementar, de natureza pública.

promovida, o dispositivo em questão passou a assegurar apenas “o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei”, restando, portanto, extinta a paridade destes com os vencimentos dos servidores em atividade.

As regras acima expostas, no entanto, se aplicam apenas aos servidores admitidos após a Emenda Constitucional n. 41/2003. No que diz respeito aos servidores que ingressaram no serviço público antes da publicação desta, regras distintas, de natureza transitória, foram instituídas.

Assim, a Emenda Constitucional n. 41/2003, no § 2º, do seu art. 3º, assegurou que os proventos da aposentadoria a ser concedida aos servidores que, até a data da sua publicação, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, bem como as pensões de seus dependentes, “serão calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidos os requisitos nela estabelecidos para a concessão desses benefícios ou nas condições da legislação vigente”.

Além disso, em seu art. 7º, a mencionada Emenda garantiu ainda que os proventos de aposentadoria dos servidores públicos, bem como as pensões dos dependentes destes, que já estivessem sendo pagos à época da sua publicação, além de proventos de aposentadoria dos servidores que, até tal marco temporal, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, assim como as pensões de seus dependentes, “serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu

a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei”. Assegurou, desta forma, no que se refere aos sujeitos acima mencionados, a manutenção da paridade.

Garantiu, ainda, em seu art. 6º, aos servidores estatutários admitidos até a data da sua publicação o direito de se aposentar com proventos integrais, “que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria”, desde que preencham os seguintes requisitos: (a) 20 anos de efetivo exercício no serviço público; (b) 10 anos de carreira; (c) 5 anos no cargo em que se dará a aposentadoria; (d) 60 anos de idade, se homem, ou 55, se mulher; e (e) 35 anos de contribuição, se homem, ou 30, se mulher; desde que observado o quanto disposto no § 5º, do art. 40, da Carta Magna. A estes servidores, em virtude do disposto no art. 2º da EC n. 47/2005, restou assegurada também a paridade com os servidores ativos.

Por fim, a Emenda Constitucional n. 47/2005 assegurou, aos servidores que ingressaram no serviço público até 16-12-1998, o direito à aposentação com proventos integrais, desde que tenham: (a) 35 anos de contribuição, se homem, e 30, se mulher; (b) 25 anos de efetivo exercício no serviço público; (c) 15 anos de carreira; (d) 5 anos no cargo em que se dará a aposentadoria; e (d) idade correspondente a 60 anos, menos um ano para cada ano em que haja excedido o tempo de 35 anos de contribuição, se homem, ou idade correspondente a 55 anos menos 1 ano para cada ano que tenha excedido o tempo de 30 anos de contribuição. Também a estes restou assegurada a paridade.

## **2.2. Extinção decorrente de fato natural**

Nem sempre, porém, a extinção do liame mantido entre o servidor e o Estado decorre da vontade de uma das partes.

Afinal, a alguns fatos naturais o ordenamento jurídico atribuiu o que Roberto de Ruggiero define como “a virtude de produzir efeitos de direito”<sup>165</sup>. Trata-se, portanto, ainda nas lições do citado autor, de “eventualidades capazes de provocar a aquisição, a perda e a modificação de um direito”<sup>166</sup>, ou seja, fatos que, em ocorrendo, provocam efeitos jurídicos.

Dessa forma, previu o legislador determinados fatos cuja ocorrência provoca a extinção do vínculo mantido entre o servidor e o Estado ou, quando menos, a modificação da natureza deste.

São fatos naturais, dos quais decorre a extinção ou modificação do vínculo mantido entre o Estado e o servidor, a morte, a invalidez e o alcance de determinada idade imposta pelo ordenamento como limite máximo à permanência do servidor nos quadros de servidores ativos da Administração.

### 2.2.1. Morte

O falecimento do servidor provoca o rompimento do vínculo que este mantinha com o Estado, uma vez que, consoante alerta Marçal Justen Filho, “a condição de servidor não se transmite aos sucessores”<sup>167</sup>. Nesta hipótese a extinção do liame se opera automaticamente, sem que seja necessária nenhuma manifestação do Estado, única parte envolvida na relação que, por óbvio, seria capaz de emanar alguma espécie de manifestação.

---

<sup>165</sup> RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Campinas: Bookseller, 1999, v.1, p. 309.

<sup>166</sup> Op. cit., p. 309-10.

<sup>167</sup> Op. cit., p. 645.

Contudo, em que pese afigure-se dispensável para o rompimento do vínculo eventual pronunciamento do Estado, faz-se importante sejam realizadas no prontuário do servidor as anotações cabíveis, sendo registrado o óbito.

A morte do servidor, além de pôr fim ao vínculo por este mantido com o Estado, pode dar ensejo ao surgimento, nas palavras de Diogenes Gasparini, de uma “nova relação jurídica, de natureza assistencial e previdenciária entre a entidade a que se ligava o servidor público, ou que lhe faça as vezes, e sua família”<sup>168</sup>. Assim, tal fato pode gerar para o Estado o dever de pagar aos dependentes do servidor falecido pensão mensal, que poderá ser vitalícia ou temporária. Nesse sentido o art. 215, da Lei 8.112/1990, estipula que “por morte do servidor, os dependentes fazem jus a uma pensão mensal de valor correspondente ao da respectiva remuneração ou provento, a partir da data do óbito”.

Esta pensão, na forma do art. 216 do aludido diploma, poderá ser temporária ou vitalícia. Serão beneficiários de pensão vitalícia: a) o cônjuge (art. 217, I, a); b) a pessoa desquitada, separada judicialmente ou divorciada, que percebesse pensão alimentícia paga pelo servidor falecido (art. 217, I, b); c) o companheiro ou companheira designado que comprove união estável como entidade familiar (art. 217, I, c); d) a mãe e o pai que comprovem dependência econômica do servidor (art. 217, I, d); e e) a pessoa designada, maior de 60 (sessenta) anos e a pessoa portadora de deficiência, que vivam sob a dependência econômica do servidor (art. 217, I, e). Por sua vez, fazem jus a pensão temporária: a) os filhos ou enteados do servidor, até 21 (vinte e um) anos de idade, ou, se inválidos, enquanto durar a invalidez (art. 217, II, a); b) o menor sob guarda ou tutela do servidor falecido, até 21 (vinte e um) anos de idade (art. 217, II, b); c) o irmão do servidor

---

<sup>168</sup> Op. cit., p. 238.

órfão, até 21 (vinte e um) anos, e o inválido, enquanto durar a invalidez, que comprovem dependerem economicamente daquele (art. 217, II, c); e d) a pessoa designada que viva na dependência econômica do servidor, até 21 (vinte e um) anos, ou, se inválida, enquanto durar a invalidez (art. 217, II, d).

Não fará jus a pensão, porém, na forma do art. 220, da Lei n. 8.112/90, o beneficiário condenado pela prática de crime doloso de que tenha resultado a morte do servidor.

### 2.2.2. *Invalidez*

Também provoca a vacância<sup>169</sup> do cargo a invalidez do servidor, ou seja, conforme definição de Marçal Justen Filho, a “perda pelo agente público das condições físicas ou intelectuais mínimas necessárias ao desempenho das atribuições de um cargo público”<sup>170</sup>.

A invalidez, portanto, caracteriza-se pela incapacidade do servidor, superveniente à sua investidura, para desempenhar as atribuições inerentes a um cargo público. Tal incapacidade decorre de problema que, ainda que preexistente, somente se manifesta após a investidura do agente. Afinal, na medida em que impossibilita este de exercer as tarefas inerentes a um cargo público, acaso já se apresentasse à época da investidura do servidor, dever-se-ia falar na ausência de seu provimento, pelo que sequer se aperfeiçoaria o liame estatutário.

Pode resultar tanto da perda das condições físicas como também das intelectuais, e não precisa ser definitiva. Portanto, não é necessário que o estado em

---

<sup>169</sup> No que diz respeito aos efeitos que a aposentadoria do servidor produz no vínculo mantido entre o servidor e o Estado, nos remetemos às considerações expostas quando abordamos a questão atinente ao pedido de aposentadoria formulado por aquele.

<sup>170</sup> Op. cit., p. 646.

que se encontra o servidor, e que lhe impossibilita de desempenhar as atribuições inerentes a um cargo público, seja irreversível. Deve, porém, ter caráter permanente, ou seja, ter por característica a permanência por período indeterminado de tempo, não permitindo seja precisado se o agente recuperará a sua capacidade plena e quando isso ocorrerá. Acaso a invalidez seja meramente temporária, isto é, deva perdurar por interstício determinável, não se falará na vacância do cargo, mas apenas no afastamento do servidor do exercício de suas funções, por licença médica.

Para que possa ser considerado inválido o servidor deve encontrar-se incapaz de realizar não apenas as atribuições inerentes ao cargo que ocupava, mas sim, nas palavras de Marçal Justen Filho, aquelas “indispensáveis ao desempenho da função pública, ainda que em outro cargo”<sup>171</sup>. Isso porque, na hipótese de a incapacidade apresentada dizer respeito unicamente às atividades inerentes ao cargo que o agente ocupava anteriormente, na forma do *caput* do art. 24, da Lei 8.112/90, poderá ser ele readaptado em cargo “de atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental”.

A readaptação, no entanto, deverá ser feita em cargo com atribuições semelhantes às inerentes ao cargo que anteriormente ocupava o servidor, sendo respeitada a habilitação exigida, o nível de escolaridade e a equivalência de vencimentos. Não poderá servir para promover-se a progressão daquele na carreira, tampouco o seu rebaixamento. Na hipótese de não existir cargo vago, o servidor exercerá suas atribuições como excedente, até a ocorrência de vaga.

O servidor que não puder ser readaptado será aposentado e passará a perceber proventos proporcionais ao tempo de contribuição. Os proventos, porém,

---

<sup>171</sup> Op. cit., p. 648.

de acordo com o art. 40, § 1º, I, da Constituição da República, alterado pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998, e com o art. 186, da Lei n. 8.112/90, serão integrais, independentemente do tempo de contribuição, se a invalidez decorrer de acidente em serviço, de moléstia oriunda das funções desempenhadas pelo servidor ou ainda de doença grave, contagiosa ou incurável<sup>172</sup>, nos termos da lei.

A aposentadoria por invalidez poderá ser requerida pelo próprio servidor ou por seu curador, nos casos em que a invalidez implique a supressão da capacidade daquele, ou decretada de ofício pelo Estado, quando verificar a presença dos requisitos necessários à concessão de tal benefício, independentemente da vontade do servidor.

A concessão da aposentadoria, no entanto, não significa, necessariamente, que o agente vá fazer jus a tal benefício em caráter vitalício. Afinal, consoante anteriormente destacado, não apenas a incapacidade definitiva autoriza falar-se em invalidez, mas também aquela que possua caráter permanente, sem, contudo, ser, necessariamente, definitiva. Assim, o agente poderá, mesmo depois de aposentado, recuperar a sua capacidade plena. Ocorrendo tal hipótese, de acordo com o art. 25, I, da Lei 8.112/90, se dará a reversão, que representa o retorno à atividade do servidor aposentado, quando verificada a insubsistência dos motivos que levaram à sua aposentadoria.

### 2.2.3. *Idade-limite*

---

<sup>172</sup> De acordo com o § 1º do art. 186 da Lei n. 8.112/90, consideram-se doenças graves, contagiosas ou incuráveis, as seguintes moléstias: a) tuberculose ativa; b) alienação mental; c) esclerose múltipla; d) neoplasia maligna; e) cegueira posterior ao ingresso no serviço público; e) hanseníase; f) cardiopatia grave; g) doença de Parkinson; h) paralisia irreversível e incapacitante; i) espondiloartrose anquilosante; j) nefropatia grave; k) estados avançados do mal de Paget (osteíte deformante); e l) Síndrome de Imunodeficiência Adquirida – AIDS; além de outras que a lei indicar, com base na medicina especializada.

Também enseja a vacância do cargo o alcance, pelo servidor, de determinada idade, imposta pelo ordenamento jurídico como limite à sua permanência entre os servidores ativos. A hipótese, contudo, difere completamente daquelas anteriormente mencionadas.

Afinal, a morte do servidor e a sua invalidez criam óbices reais à manutenção do vínculo até então existente, ao menos nos moldes anteriormente verificados, na medida em que impedem permaneça aquele desempenhando função pública, seja por não mais existir no plano tangível, seja por não mais possuir capacidade para tanto. Já o simples fato de o agente haver atingido determinada idade nada permite afirmar, com precisão, a respeito da sua capacidade laborativa. Tampouco impede permaneça desempenhando a função que lhe foi confiada. Criou-se, em verdade, com espeque em uma visão amplamente preconceituosa e, inclusive, incompatível com o quanto disposto no art. 3º, IV, da Carta Magna, uma presunção, absoluta<sup>173</sup>, de que ao atingir determinada idade o sujeito perderia as condições necessárias ao desempenho de função pública, pelo que deveria ser transferido à inatividade. Trata-se, no entanto, de entendimento totalmente equivocado. Mais correto e razoável seria que cada situação fosse analisada individualmente, de maneira a se verificar se a presunção criada corresponde à realidade existente.

Porém, independentemente da opinião que se tenha a respeito da questão, ou mesmo da explicação que se possa pretender dar para justificar tal presunção, o fato é que a Carta Magna brasileira, em seu art. 40, § 1º, II, impõe como limite à permanência do servidor na atividade a idade de 70 anos<sup>174</sup>. Ao atingir

---

<sup>173</sup> Conforme assinala Celso Ribeiro Bastos, a presunção criada pelo art. 40, § 1º, I, da Constituição da República, “não comporta prova em contrário” (op. cit., p. 435).

<sup>174</sup> A primeira Constituição a prever o instituto da aposentadoria compulsória foi a de 1934, que, em seu art. 64, alínea a, previa a idade-limite de setenta e cinco anos. A Constituição de 1937, por sua

70 anos de idade o servidor é aposentado compulsoriamente, “com proventos proporcionais ao tempo de contribuição”. Apesar de a redação dada ao dispositivo em comento poder conduzir a equívocos, por óbvio, deve-se concluir que se o servidor já tiver implementado os requisitos necessários para aposentar-se voluntariamente com proventos integrais, em que pese aposentado de forma compulsória, fará jus a estes. Conforme assinala Régis Fernandes de Oliveira, “a proporcionalidade dos proventos apenas ocorre quando o tempo de serviço que possa propiciar a aposentadoria voluntária ainda não ocorreu”<sup>175</sup>.

Uma vez completada pelo servidor a idade-limite, a aposentadoria compulsória ocorrerá de maneira automática. Assim, ao atingir a idade em questão perderá ele o cargo que ocupava, passando imediatamente à inatividade, independentemente da publicação do decreto de aposentadoria, não podendo mais praticar nenhum ato.

Isso não significa, no entanto, deva ser preterida a formalização da aposentadoria. A expedição do decreto de aposentadoria representa ato vinculado que deverá ser obrigatoriamente praticado pelo administrador, podendo ser inclusive exigido pelo seu beneficiário.

Harmonizando duas hipóteses mencionadas, ou seja, a ocorrência automática da aposentadoria e a necessidade de sua formalização, e corroborando esta última, o art. 187, da Lei n. 8.112/90, determina que “a aposentadoria compulsória será automática e declarada por ato, com vigência a partir do dia imediato àquele em que o servidor atingir a idade-limite de permanência no serviço ativo”.

---

vez, em seu art. 91, alínea a, reduziu aquela para sessenta e oito anos. Posteriormente, a Constituição de 1946, no § 1º, do seu art. 95, expandiu esta fronteira para setenta anos, marco mantido pelo § 1º, do art. 108, da Constituição de 1967, bem como pelo § 1º, do art. 113, da Emenda Constitucional n. 1, de 1969.

<sup>175</sup> Op. cit., p. 114.

### 3. A CASSAÇÃO DE APOSENTARIA

Entre as sanções estabelecidas pela Lei n. 8.112/90 estão as de cassação de aposentadoria e de disponibilidade, previstas no art. 127, IV, do aludido diploma. Trata-se, segundo classificação proposta por José Cretella Júnior, de penas revocatórias<sup>176</sup>, que têm por finalidade a salvaguarda do serviço público, mesmo por intermédio de funcionário que já não se acha na ativa, mas aposentado ou em disponibilidade.

Tais penalidades, na forma do quanto disposto no art. 134 da citada lei, serão aplicadas aos servidores inativos que houverem praticado, na atividade, faltas puníveis com a demissão, e acarretam a exclusão do responsável pelo cometimento da falta verificada do quadro de inativos, com a conseqüente cessação do pagamento de vantagens.

A constitucionalidade da norma em questão, contudo, no tocante à cassação da aposentadoria dos servidores inativos, é amplamente questionável.

Isso porque, entre os direitos sociais arrolados pelo art. 6º, da Constituição da República, estão a saúde, a previdência e a assistência, direitos que, juntos, formam o que a Carta Magna denomina, em seu art. 194, seguridade social. Ocorre que os direitos sociais estão elencados no Capítulo II do Título II da *Lex Legum*, que versa a respeito dos direitos e garantias fundamentais. Assim, são

---

<sup>176</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do processo administrativo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 76.

direitos fundamentais os direitos sociais, pelo que se pode afirmar que a previdência é um direito fundamental.

Ora, sendo a previdência um direito fundamental, não se pode admitir que a lei suprima o direito à aposentadoria. Afinal, como alerta Gilmar Ferreira Mendes, “se admitisse que a lei poderia restringir ilimitadamente direitos fundamentais, ter-se-ia a completa supressão do efeito vinculante desses direitos em relação ao legislador”<sup>177</sup>. Nem poderia ser diferente, na medida em que representam, os direitos fundamentais, garantias mínimas que devem ser necessariamente respeitadas pelo Estado ou, conforme assinala Calmon de Passos, “direitos que devem ser assegurados a todos os homens, em todos os espaços políticos e em suas três dimensões: a política (de participação) a civil (autonomia privada) e a social (satisfação de necessidades básicas)”<sup>178</sup>.

Ademais, não se pode olvidar que, atualmente, o direito à previdência tem uma contrapartida que é a contribuição do segurado. A aposentadoria, portanto, ao contrário do que ocorria anteriormente, não representa um direito vinculado ao exercício do cargo público, de maneira que não é financiada inteiramente pelo Poder Público, sem contribuição do servidor. O direito à previdência e, por conseguinte, aos seus benefícios, depende do cumprimento de um dever por parte do servidor, qual seja, o de contribuir.

Dessa forma, o servidor fará jus aos proventos de aposentadoria não por ter ocupado um determinado cargo, mas sim por ter contribuído para a

---

<sup>177</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, p. 34-5.

<sup>178</sup> PASSOS, J. J. Calmon de. A constitucionalização dos direitos sociais. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, p. 5, jun./jul./ago. 2007. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/redae.asp>. Acessado em 19-11-2007.

previdência social. Assim, a previdência social possui características de seguro social.

Ora, considerando o perfil traçado pelo texto constitucional para a previdência social, não se pode admitir que segurado contribua para obter determinados benefícios e, quando estiver diante do risco, não possa usufruir o benefício, pois o ordenamento prevê sua cassação como sanção disciplinar.

Demais disso, não se pode olvidar que a Constituição da República, em seu art. 5º, inciso LXVII, letra *b*, veda a aplicação de penas perpétuas. No entanto admitir a cassação da aposentadoria do servidor inativo implica anuir com a aplicação de sanção de caráter permanente.

Evidente, por conseguinte, que a norma em questão, no tocante à cassação da aposentadoria dos servidores inativos, mostra-se incompatível com a Carta Magna.

Ocorre que, conforme pontua Kelsen, “quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento de sua validade tem de residir na Constituição”<sup>179</sup>. Assim, não há como se admitir a validade do dispositivo analisado.

#### **4. EXTINÇÃO DO VÍNCULO MANTIDO COM OS SERVIDORES OCUPANTES DE CARGO EM COMISSÃO**

O ato que provoca o rompimento do vínculo mantido entre o Estado e o servidor ocupante de cargo em comissão pode ter natureza sancionatória, ou seja,

---

<sup>179</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 300.

ser motivado por falta cometida pelo servidor, bem como fundar-se em razões de conveniência e oportunidade.

Quando a extinção do liame encontra espeque em infração cometida pelo servidor fala-se, na forma do art. 135, da Lei n. 8.112/90, em destituição de cargo em comissão. Assim, nas palavras de Francisco Xavier da Silva Guimarães, “a destituição resulta, sempre, de ato punitivo, aplicável em casos de extrema gravidade que denote incompatibilidade do indivíduo para com o serviço público”<sup>180</sup>.

Aplica-se a destituição de cargo em comissão quando o servidor cometer infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão. Dessa forma, será destituído do cargo em comissão o servidor que reincidir em qualquer das faltas punidas com advertência<sup>181</sup>; violar alguma das demais proibições previstas na Lei 8.112/90, que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão; injustificadamente, recusar-se a ser submetido a inspeção médica determinada pela autoridade competente; praticar crime contra a Administração Pública; abandonar o cargo; mostrar-se habitualmente não assíduo; cometer improbidade administrativa; praticar incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição; cometer insubordinação grave em serviço; ofender fisicamente, em serviço, servidor ou particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem; aplicar irregularmente dinheiro público; revelar segredo do qual se apropriou em razão do cargo; lesar os cofres públicos e dilapidar o patrimônio nacional; praticar ato de corrupção; acumular ilegalmente cargos, empregos ou funções públicas; ou transgredir os incisos IX a XVI do art. 117 da Lei n. 8.112/90.

---

<sup>180</sup> Op. cit., p. 83.

<sup>181</sup> São punidas com advertência as condutas que impliquem violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, da Lei 8.112/90, ou inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave.

De acordo com o disposto no art. 137, da Lei n. 8.112/90, se a destituição do cargo em comissão tiver por fundamento a prática de alguma das condutas descritas nos incisos IX e XI, do art. 117, do aludido diploma, ficará o servidor impedido de ser novamente investido em cargo público pelo prazo de cinco anos.

Não se pode olvidar, porém, que, assim como ocorre no que diz respeito à aplicação da pena de demissão, a destituição do cargo em comissão deve ser necessariamente precedida de processo administrativo disciplinar no qual sejam devidamente observadas as garantias do contraditório e a ampla defesa.

Na hipótese de ter sido o servidor exonerado a pedido ou com base em critérios de conveniência e oportunidade e, posteriormente, constatar-se o cometimento por ele de infração que justifique a destituição do cargo em comissão, a exoneração será convertida em destituição.

A extinção do vínculo mantido entre o Estado e o servidor ocupante de cargo em comissão pode fundar-se ainda em razões de conveniência e oportunidade. Não sendo a permanência do servidor nos quadros do Estado mais necessária ou suficiente para a satisfação do interesse público, será ele exonerado, sendo, por conseguinte, excluído daqueles.

Ao contrário do que ocorre no tocante aos servidores estáveis e vitalícios, a extinção do vínculo mantido entre o Estado e o servidor investido em cargo em comissão não está condicionada à prática, por este, de falta funcional. Tampouco depende, necessariamente, da comprovação de que o servidor não possui aptidão para o cargo, como se dá no que diz respeito aos servidores titulares de cargos em provimento efetivo que se encontram em estágio probatório. Nem se

vincula ao decurso de determinado interstício, como acontece no tocante àqueles servidores contratados com espeque no art. 37, IX, da Constituição da República.

Isso porque, na forma do quanto disposto no art. 37, II, da Carta Magna, os cargos em comissão são de livre exoneração, pelo que a extinção do vínculo mantido com os servidores que ocupam tais cargos prescinde da ocorrência de um fato específico.

Isso não significa, porém, que o ato de exoneração não deva possuir fundamentos, nem que eles não devam ser expostos.

Afinal, em face do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, forçoso reconhecer, sob pena de considerar-se inválido o ato praticado, por desvio de finalidade, que, à época em que se deu a nomeação do servidor, esta contribuía para a satisfação do interesse público. Somente foi nomeado o servidor porque isto contribuía para a realização do interesse público.

Assim, a sua exoneração deve encontrar fundamento em fato superveniente, ou mesmo anterior à nomeação, mas desconhecido pela Administração, que altere o panorama até então existente. O rompimento do vínculo mantido com o servidor ocupante de cargo em comissão, portanto, não pode se dar aleatoriamente, devendo estar alicerçado em fato que conduza ao entendimento de que a permanência do servidor no cargo não é mais capaz de contribuir para a satisfação do interesse público, seja em virtude de não mais estar presente o elemento confiança, seja em razão de o servidor não mais se mostrar apto a desempenhar, a contento, as atividades inerentes ao cargo que lhe foi confiado.

A simples existência de substrato fático que justifique a exoneração do servidor, porém, não é suficiente. Deve a Administração, em virtude do princípio da motivação, bem como em razão de se tratar de ato discricionário, expor os

fundamentos do ato praticado, demonstrando como aqueles justificam este. Neste sentido são os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, que, ao discorrer acerca do princípio em questão, assevera:

Dito princípio implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo<sup>182</sup>.

Trata-se, em verdade, de decorrência lógica do Estado Democrático de Direito. Afinal, uma vez que todo poder emana do povo, conforme alerta Celso Antônio Bandeira de Mello, “o mínimo que os cidadãos podem pretender é saber as razões pelas quais são tomadas as decisões por quem tem de servi-los”<sup>183</sup>.

Até porque, conforme leciona Sílvio Luís Ferreira da Rocha, “o fato de a competência da Administração ser discricionária não impede o exame dos fundamentos fáticos que deram ensejo à atuação administrativa”<sup>184</sup>.

Por conseguinte, o ato de exoneração do servidor ocupante de cargo em comissão deve, necessariamente, ser motivado.

Isso não significa, no entanto, que a prática de tal ato esteja obrigatoriamente vinculada à ocorrência de determinados fatos específicos, mas apenas que devem ser expostos os seus fundamentos.

Uma vez apresentados os fundamentos do ato praticado, aplica-se a teoria dos motivos determinantes, de maneira que, conforme ensinamento de Sílvio Luís Ferreira da Rocha, “os fatos que serviram de suporte à decisão da

---

<sup>182</sup> *Curso de direito administrativo*, cit., p. 100.

<sup>183</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 101.

<sup>184</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 131.

Administração integram a validade do ato e, assim, vicia o ato administrativo a invocação de motivos de fato falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados”<sup>185</sup>.

---

<sup>185</sup> Op. cit., p. 131.

## CAPÍTULO IV

### A DISPENSA DOS SERVIDORES SUBMETIDOS AO REGIME CELETISTA

1. A importância dos princípios. 2. Os princípios do Direito Administrativo. 2.1. Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. 2.2. Princípio da indisponibilidade do interesse público. 2.3. Princípio da legalidade. 2.4. Princípio da finalidade. 2.5. Princípio da razoabilidade. 2.6. Princípio da proporcionalidade. 2.7. Princípio da impessoalidade. 2.8. Princípio da publicidade. 2.9. Princípio da eficiência. 2.10. Princípio da segurança jurídica. 2.11. Princípio da moralidade administrativa. 2.12. Princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos. 2.13. Princípio da motivação. 2.14. Princípios do devido processo legal e da ampla defesa. 2.15. Princípio do controle judicial dos atos administrativos. 3. Os princípios do Direito Administrativo e a motivação do ato de dispensa dos servidores submetidos ao regime da CLT. 4. Hipóteses de estabilidade dos servidores submetidos ao regime da CLT. 4.1. A estabilidade do dirigente sindical. 4.2. A estabilidade dos representantes dos empregados junto à CIPA. 4.3. A estabilidade da gestante. 4.4. A estabilidade do acidentado. 4.5 A estabilidade eleitoral. 4.6 A estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição da República. 5. Justas causas dos servidores submetidos ao regime da CLT. 5.1. Os atos de improbidade. 5.2. A incontinência de conduta e o mau procedimento. 5.3. Negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador. 5.4. Condenação criminal. 5.5. Desídia. 5.6. Embriaguez. 5.7. Violação de segredo da empresa. 5.8. Ato de indisciplina ou insubordinação. 5.9. Abandono de emprego. 5.10. Ato lesivo à honra ou boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições. 5.11. Ato lesivo à honra ou boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos. 5.12. Prática constante de jogos de azar. 5.13. Justas causas específicas. 6. Justas causas dos empregadores. Despedida indireta. 6.1. Exigência de serviços superiores à força do trabalhador, defesos por lei, contrários aos bons costumes ou alheios ao contrato. 6.2. Tratamento com rigor excessivo. 6.3. Exposição a perigo manifesto de mal considerável. 6.4. Descumprimento, pelo empregador, das obrigações do contrato. 6.5. Prática, pelo empregador, de atos lesivos à honra ou boa fama do empregado ou de pessoas da sua família. 6.6. Ofensa física praticada pelo empregador. 6.7. Redução da oferta de emprego.

## 1. A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS

O ordenamento jurídico brasileiro, conforme tipologia proposta por Canotilho, representa um sistema composto por normas, que se subdividem em *regras e princípios*<sup>186</sup>.

Um princípio, de acordo com as sempre precisas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, pode ser conceituado como um “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental, que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência”<sup>187</sup>.

Na qualidade de mandamentos centrais do sistema jurídico, os princípios conferem uniformidade a este, na medida em que, consoante assinala Carlos Ari Sundfeld, lhe “dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão do seu modo de organizar-se”<sup>188</sup>. Assim, conforme aponta Eros Roberto Grau, “a conexão aglutinadora das normas que compõem o sistema jurídico – daí a sua unidade – encontra-se nos princípios gerais do direito (de cada direito)”<sup>189</sup>.

Trata-se, desta forma, de normas que possuem vital importância no ordenamento, conforme ressalta Cármen Lúcia Antunes Rocha, citada por José Roberto Pimenta de Oliveira, ao discorrer acerca da importância dos princípios constitucionais:

---

<sup>186</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 1991, p. 171.

<sup>187</sup> *Curso de direito administrativo*. cit., p. 888-9.

<sup>188</sup> *Fundamentos de direito público*, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 143.

<sup>189</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22.

[...] os princípios constitucionais são, assim, o cerne da Constituição, onde reside a sua identidade, a sua alma. A ordem constitucional forma-se, informa-se e conforma-se pelos princípios adotados. São eles que a mantêm em sua dimensão sistêmica, dando-lhe fecundidade e permitindo a sua atualização permanente<sup>190</sup>.

Os princípios, portanto, refletem valores fundamentais albergados pelo ordenamento jurídico, pelo que condicionam a sua compreensão. Por conseguinte, a interpretação das normas que integram o sistema jurídico deve, necessariamente, ser feita à luz dos princípios, que delimitam a real extensão não apenas das regras, como também uns dos outros, harmonizando o sistema.

Contudo, os princípios não desempenham função meramente interpretativa. Em verdade, conforme leciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto, invocado por José Roberto Pimenta de Oliveira, diversas são as funções desempenhadas pelos princípios:

São múltiplas as funções desempenhadas pelos princípios na seara jurídica. Dentre outras, pode-se realçar: a) função axiológica, pela qual revelam, na ordem jurídica, os valores que a informam; b) função teleológica ou finalística, visível na revelação das finalidades em busca das quais se deve orientar a ordem jurídica; c) função sistêmica, pois de sua aplicação resulta ordem e coerência para o ordenamento jurídico; d) função integrativa, através da qual supre lacunas deixadas pelos preceitos; e) função nomogenética, segundo a qual os princípios se reproduzem em preceitos ou mesmo em outros subprincípios; f) função irradiante, pela qual levam seu conteúdo valorativo finalístico a todo o sistema jurídico; g) função provocativa, pois dão ensejo a preceitos que buscam seu desenvolvimento jurígeno, além de estimular a produção de atos concretos com vistas à sua concreção; h) função inibidora, pela qual obstam normas e atos concretos violadores de seu conteúdo, retirando-lhes a validade; e i) função limitativa, na medida em que impedem parcialmente ou condicionam a produção de regras ou de

---

<sup>190</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da administração pública, p. 23-5, apud OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros: 2006, p. 35.

atos concretos que afetem o seu conteúdo e restrinjam de algum modo a sua eficácia<sup>191</sup>.

Dessa forma, não apenas a interpretação do sistema jurídico como também a sua integração e produção submetem-se à fiel observância daqueles valores albergados pelos princípios.

Mas não é só. Os princípios não possuem unicamente a função de orientar as atuações do legislador e do intérprete. Em verdade, com a chegada do pós-positivismo e a superação, a partir da segunda metade do século XX, da fase hermenêutica das chamadas normas programáticas, passou-se a admitir que os princípios, assim como as regras, também vinculam a produção de atos concretos, condicionando comportamentos.

Nesse sentido apontam as lições de Crisafulli, que, consoante assinala Paulo Bonavides, assevera que “um princípio, seja expresso numa formulação legislativa ou, ao contrário, implícito ou latente num ordenamento, constitui norma, aplicável como regra (...) de determinados comportamentos públicos ou privados”<sup>192</sup>. Estas lições são corroboradas por Peczenik, também citado por Bonavides, que afirma: “Principles are normative propositions. They are not descriptive statements. They are what ought to be and what is permitted, not what actually is the case”<sup>193</sup>. Antes deles, também Alexy, Dworkin e Boulanger, entre outros, já defendiam a positividade ou normatividade dos princípios.

Dessa forma, os princípios precisam ser encarados não apenas como vetores fundamentais para interpretação, integração e produção do ordenamento

---

<sup>191</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Princípios da licitação. *Boletim de Licitações e Contratos*, 1/428, apud OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro, cit., p. 34.

<sup>192</sup> CRISAFULLI, Vezio. La costituzione e le sue disposizioni di principi, p. 15-16, apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 273.

<sup>193</sup> PECZENIK, Alexandre. Principles of law, in *Rechtstheorie*, v. 2. p. 179, apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 287.

jurídico, mas sim como verdadeiras normas jurídicas, sem o caráter simplesmente hipotético ou doutrinal que anteriormente lhes era atribuído. Devem, por conseguinte, ser tomados em consideração para a solução de problemas jurídicos concretos.

Logo, a despeito de dotados de um maior grau de abstração que as regras, os princípios também gozam de eficácia positiva, de maneira que devem ser obrigatoriamente observados na formalização dos atos administrativos. Conforme esclarece Raúl Canosa Usera, invocado por Celso Ribeiro Bastos, “os princípios consubstanciados na Constituição são normas, e como tais não são meras construções informativas”<sup>194</sup>.

Desta forma, as condutas que não se mostram em conformidade com os valores albergados pelos princípios contidos no ordenamento jurídico afiguram-se inválidas, não podendo ser aceitas.

## 2. OS PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, “diz-se que há uma disciplina jurídica autônoma quando corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e regras que lhe dão identidade, diferenciando-se das demais ramificações do Direito”<sup>195</sup>.

---

<sup>194</sup> USERA, Raúl Canosa. Interpretación constitucional y fórmula política. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 143, apud BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação*. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 141-2.

<sup>195</sup> *Curso de direito administrativo*, cit., p. 43.

Semelhante é o entendimento albergado por Alfredo Ruprecht, que leciona que “um ramo jurídico pode ser dito autônomo quando reúna uma série de requisitos, entre os quais os princípios diretores que inspiram os caracteres distintivos dos demais ramos jurídicos”<sup>196</sup>.

Assim, na qualidade de disciplina jurídica autônoma, goza o Direito Administrativo de princípios que lhe são característicos e que guardam entre si uma relação de coerência, constituindo, juntamente com as regras, um todo harmônico, denominado regime jurídico administrativo, ao qual se submete a atividade administrativa no atingimento dos seus fins.

Dessa forma, toda a atividade administrativa encontra-se subsumida a um determinado feixe de princípios, que compõem o regime jurídico administrativo. A este se submete toda a Administração, inclusive os entes da Administração indireta.

O regime jurídico inerente ao Direito Administrativo é erigido sob dois princípios fundamentais, a saber, os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos. Destes derivam os demais princípios que compõem o regime jurídico em questão, quais sejam, os princípios: (a) da legalidade; (b) da finalidade; (c) da razoabilidade; (d) da proporcionalidade; (e) da motivação; (f) da impessoalidade; (g) da publicidade; (h) do devido processo legal e da ampla defesa; (i) da moralidade administrativa; (j) do controle judicial dos atos administrativos; (k) da responsabilidade do Estado por atos administrativos; (l) da eficiência; e (m) da segurança jurídica, que serão analisados nos itens subseqüentes.

---

<sup>196</sup> RUPRECHT, Alfredo. *Os princípios do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 5.

## 2.1. Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado

Conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado “é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade”<sup>197</sup>. De fato, é pressuposto intrínseco à convivência em sociedade que os indivíduos abram mão de parte dos seus interesses em prol do bem comum, em favor do interesse público.

Dessa forma, havendo conflito entre o interesse privado e o interesse público, este deve prevalecer, isto é, o interesse do todo deve sobrepor-se aos interesses individuais. Afinal, conforme pontua José dos Santos Carvalho Filho, “o indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais”<sup>198</sup>.

Em razão desta supremacia, pode a Administração, unilateralmente, desde que observados os limites impostos pelo ordenamento jurídico, constituir terceiros em obrigações. Tais obrigações, quando a lei expressamente preveja tal hipótese ou quando a providência demandada for urgente, em virtude de existir risco de perecimento do interesse público, e não existir outro meio igualmente eficaz que permita alcançar o resultado buscado, poderão ser executadas diretamente pela Administração, sem que precise ela recorrer ao Poder Judiciário. Fala-se, assim, em auto-executoriedade dos atos administrativos.

Também em virtude da supremacia do interesse público, pode a Administração revogar os seus próprios atos, quando inconvenientes ou inoportunos, tendo ainda o dever de anulá-los, quando incompatíveis com o ordenamento jurídico.

---

<sup>197</sup> *Curso de direito administrativo*, cit., p. 85.

<sup>198</sup> *Op. cit.*, p. 19.

A aplicação do princípio em questão, no entanto, não implica afirmar que todo e qualquer interesse privado possa ser sacrificado pela Administração em favor do interesse público. Não significa o total desrespeito aos interesses privados. Em verdade, trata-se de princípio cuja extensão é delimitada pelo próprio ordenamento jurídico. Assim, o sacrifício de interesses privados somente será admitido dentro dos limites impostos pelas normas contidas naquele.

Importante esclarecer, porém, que o interesse público não se confunde com o interesse do Estado. Não há como se identificar o interesse público como o interesse estatal. Conforme alerta Marçal Justen Filho, “o interesse é público não por ser de titularidade do Estado, mas é atribuído ao Estado por ser público”<sup>199</sup>. Outrossim, também não representa o interesse do aparato estatal. O interesse do Estado, enquanto sujeito de direito, e o interesse público nem sempre coincidem. Tampouco se pode associar o interesse público aos interesses do agente público. Os interesses privados do agente público não influenciam o interesse público, nem com ele se confundem.

O interesse público, portanto, representa o interesse do indivíduo enquanto componente do todo, isto é, na qualidade de integrante da sociedade.

## **2.2. Princípio da indisponibilidade do interesse público**

Os bens e interesses públicos não pertencem à Administração, tampouco a seus agentes. Compete-lhes apenas geri-los em prol da sociedade, verdadeira titular daqueles. A Administração, portanto, não pode dispor livremente

---

<sup>199</sup> Op. cit., p. 37.

dos interesses que lhes foram confiados pelo ordenamento jurídico, como se seus fossem, uma vez que não age em nome próprio, mas sim da coletividade.

Dessa forma, conforme assinala Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão”<sup>200</sup>. Logo, os agentes públicos não podem simplesmente optar por exercer ou não as competências que lhes foram atribuídas. Devem, sempre que isto se mostrar compatível com os interesses da coletividade, exercê-las, de acordo com o disposto no sistema jurídico.

O princípio da indisponibilidade do interesse público está expressamente previsto no art. 2º, *caput*, da Lei n. 9.784/99, e especificado no inciso II, parágrafo único, do aludido artigo, com a exigência de “atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei”.

### **2.3. Princípio da legalidade**

O princípio da legalidade, conforme esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello, “é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e lhes dá identidade própria”<sup>201</sup>. Trata-se, portanto, de princípio inerente ao regime jurídico administrativo, uma vez que o Direito Administrativo nasce como consequência do Estado de Direito.

---

<sup>200</sup> Op. cit., p. 70.

<sup>201</sup> *Curso de direito administrativo*, cit., p. 89.

Assim, o princípio da legalidade implica a completa submissão do administrador à lei. Ao contrário do que acontece no tocante ao particular, que pode fazer tudo aquilo que o ordenamento jurídico não vedar, o administrador público somente pode fazer aquilo que a legislação determinar. Não havendo no sistema jurídico uma norma que autorize a Administração a praticar uma determinada conduta, esta não poderá fazê-lo.

Por conseguinte, não apenas a medida contrária ao ordenamento será inválida, mas também aquela adotada sem espreque em preceito de lei ou mesmo excedendo o âmbito de permissão desta. A Administração, repita-se, somente pode fazer aquilo que a lei determina.

No ordenamento jurídico brasileiro o princípio da legalidade encontra-se explicitamente albergado pela Constituição da República, no *caput* do art. 37, que 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 [...]”. Encontra-se radicado também nos arts. 5º, II, e 84, IV, da Carta Magna, dispositivos que deixam claro não apenas que o particular somente pode vir a sofrer restrições em sua liberdade em virtude de lei, como também que a atividade da Administração tem como escopo promover a fiel execução das leis, corroborando o conteúdo do princípio da legalidade.

#### **2.4. Princípio da finalidade**

A atividade administrativa é, por essência, teleológica, ou seja, é voltada a um fim específico, não estando vinculada à vontade. Dessa forma, o que pensa ou pretende o administrador é irrelevante, uma vez que o que realmente

importa é a finalidade a ser atingida, ou seja, o alcance da finalidade de interesse público. Assim, de acordo com o princípio da finalidade, a Administração, ao atuar, deve sempre buscar realizar a finalidade da lei.

Contudo, não basta que o ato alcance o interesse público, finalidade própria de todas as leis, para que esteja em conformidade com o princípio da finalidade. Conforme pondera Celso Antônio Bandeira de Mello, “o princípio da finalidade impõe que o administrador, ao manejar as competências postas a seu encargo, atue com rigorosa obediência à finalidade de cada qual”<sup>202</sup>.

Isso porque, cada competência atribuída à Administração tem como escopo assegurar o alcance de uma finalidade específica, que contribuirá para a satisfação do interesse público. Logo, não pode o administrador manejar tais competências aleatoriamente, de maneira incompatível com as finalidades que são inerentes a cada uma delas. Ainda que objetive a satisfação do interesse público, deve buscar atingir a finalidade específica da lei que esteja executando. O ato praticado com vistas a alcançar finalidade distinta daquela específica da lei que está sendo executada é nulo, por desvio de poder ou desvio de finalidade.

O princípio da finalidade, em verdade, é inerente ao próprio princípio da legalidade e com ele, de certa forma, se confunde. Afinal, a finalidade legal é um elemento da própria lei, pelo que, ao deixar de observar a finalidade da lei, o administrador termina por descumpri-la.

Assim, o princípio em questão decorre do quanto disposto no *caput* do art. 37 da Carta Magna. Emerge ainda, implicitamente, do disposto no art. 5º, LXIX, da Constituição, que admite a concessão de mandado de segurança contra abuso de poder, denotando tratar-se de prática rechaçada pelo ordenamento. Isso porque

---

<sup>202</sup> *Curso de direito administrativo*, cit., p. 95.

o abuso de poder nada mais é que o uso do poder em desconformidade com os seus limites. Logo, sendo a finalidade um dos limites do poder, o emprego deste de maneira incompatível com aquela implica abuso de poder.

## **2.5. Princípio da razoabilidade**

Preconiza o princípio da razoabilidade a necessidade de os atos praticados pela Administração, no exercício da competência discricionária, apresentarem uma coerência entre o motivo e o objeto, ou seja, consoante pontua Lúcia Valle Figueiredo, “traduz o princípio da razoabilidade a relação de congruência lógica entre o fato (o motivo) e a atuação concreta da Administração”<sup>203</sup>.

Assim, em virtude do princípio da razoabilidade, o ato praticado pelo administrador no exercício da competência discricionária deve mostrar-se logicamente compatível com o fato que lhe deu ensejo, de acordo com os valores do homem médio. Trata-se, portanto, de princípio que tem por finalidade limitar a liberdade do agente.

Importante frisar, contudo, que a aplicação do princípio da razoabilidade não retira do administrador a possibilidade de, no exercício de competência discricionária, decidir qual a melhor solução a ser adotada em face do caso concreto. Apenas busca evitar providências desarrazoadas, inaceitáveis do ponto de vista racional de pessoas equilibradas, adotadas unicamente com base em interesses pessoais do administrador. Havendo várias providências que possam ser reputadas razoáveis e que igualmente se mostrem capazes de satisfazer o interesse público, poderá a Administração selecionar aquela que lhe pareça mais acertada.

---

<sup>203</sup> Op. cit., p. 51.

Nada que esteja fora do razoável, isto é, que fira o senso comum, porém, lhe será permitido.

Emerge o princípio da razoabilidade dos mesmos dispositivos constitucionais que albergam os princípios da legalidade e da finalidade, a saber, os arts. 5º, II e LXIX, 37, *caput*, e 84, IV. Afinal, ao outorgar competência discricionária ao administrador, a lei busca permitir que este, diante do caso concreto, adote a solução que se mostre ideal, ou seja, aquela que melhor atenda ao interesse público e à finalidade da lei. Portanto, ao adotar providência desarrazoada, não optando pela solução ideal, o administrador viola a própria lei.

## **2.6. Princípio da proporcionalidade**

O princípio da proporcionalidade enuncia a idéia de que as competências administrativas somente podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade estritamente necessárias ao alcance das finalidades a que se vinculam. A intensidade e a extensão com que é exercida a competência devem ser proporcionais ao fim que se pretende atingir, evitando-se, desta forma, abusos. Busca-se assim conter o excesso de poder.

Por conseguinte, com base no princípio da proporcionalidade, só se admite sejam sacrificados interesses individuais em nome do interesse público na medida do que for estritamente necessário. As restrições aos interesses dos particulares somente são admissíveis desde que indispensáveis à satisfação do interesse público. Afinal, segundo enuncia Celso Antônio Bandeira de Mello, “o plus,

o excesso acaso existente, não milita em benefício de ninguém. Representa, portanto, apenas um agravo inútil aos direitos de cada qual”<sup>204</sup>.

Uma vez que representa uma faceta do princípio da razoabilidade, o princípio da proporcionalidade encontra espeque nos mesmos dispositivos constitucionais dos quais emerge aquele, ou seja, nos arts. 5º, II e LXIX, 37, *caput*, e 84, IV, da Constituição da República.

## 2.7. Princípio da impessoalidade

O princípio da impessoalidade impõe à Administração o dever de atuar de maneira isonômica, tratando todos os cidadãos da mesma forma, sem privilégios ou perseguições. Ao agir, aquela não pode diferenciar os particulares entre amigos e inimigos, privilegiando alguns em detrimento de outros, evitando assim subjetivismos.

Conforme assevera Cármen Lúcia Antunes Rocha, ao discorrer acerca do princípio da impessoalidade:

[...] a qualificação pessoal não conta, como não conta a situação pessoal daquele que detém o cargo público e que se deve manter neutro e objetivo em sua conduta, seja qual for a situação social, econômica ou político-partidária do cidadão sobre o qual incidirão os efeitos do ato da Administração<sup>205</sup>.

Trata-se de princípio que encontra fundamento na idéia de que o agente público é administrador de bens e interesses alheios, pelo que deve atuar de maneira objetiva, buscando satisfazer o interesse público. Assim, não pode dispor

---

<sup>204</sup> *Curso de direito administrativo*, cit., p. 99.

<sup>205</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da administração pública, p. 23-5, apud FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 47.

destes bens e interesses em favor dos seus vínculos pessoais de amizade e dos seus próprios interesses. Deve tratar os administrados de maneira isonômica.

O princípio da impessoalidade encontra-se explicitamente consagrado pelo *caput* do art. 37 da Carta Magna, emergindo ainda de outros dispositivos contidos no aludido diploma, como, por exemplo, o art. 37, II, que condiciona a investidura em cargo ou emprego público à “aprovação prévia em concurso público”, e o art. 37, XXI, que estabelece que “as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”.

## **2.8. Princípio da publicidade**

O princípio da publicidade consagra a necessidade de se tornar transparente o exercício da função administrativa. Intenta-se, desta forma, permitir que a sociedade e os órgãos de controle tomem conhecimento dos atos da Administração, impugnando-os, se em desacordo com a legalidade e a moral administrativa.

Funda-se o princípio da publicidade na idéia de que todo poder reside no povo. Neste sentido manifesta-se Celso Antônio Bandeira de Mello, que assevera que:

[...] não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida<sup>206</sup>.

---

<sup>206</sup> *Curso de direito administrativo*, cit., p. 102.

Na qualidade de legítima proprietária da coisa pública, a sociedade tem o direito de tomar conhecimento dos atos da Administração, controlando-os.

Dessa forma, conforme assinala Diogenes Gasparini, “esse princípio torna obrigatória a divulgação de atos, contratos e outros instrumentos celebrados pela Administração Pública direta e indireta, para conhecimento, controle e início de seus efeitos”<sup>207</sup>. A esta regra, contudo, escapam algumas informações, como, por exemplo, aquelas relacionadas à segurança nacional.

Tal princípio, assim como ocorre no tocante ao princípio da impessoalidade, encontra-se explicitamente consagrado pelo *caput* do art. 37 da Carta Magna, emergindo ainda de outros dispositivos contidos no aludido diploma, como, por exemplo, o art. 5º, XXXIII, que preconiza que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral”, e XXXIV, *b*, que assegura a todos “a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal”.

## 2.9. Princípio da eficiência

Eficiência, segundo definição contida no Dicionário Caldas Aulete, é a “capacidade de produzir bem o efeito desejado ou realizar bem tarefas”<sup>208</sup>. Assim, a eficiência traduz-se não apenas na obtenção do resultado almejado, mas sim no alcance do efeito desejado com presteza, de maneira econômica.

Desse modo, em virtude do princípio da eficiência, deve a Administração buscar alcançar os fins que lhe foram confiados, valendo-se dos

---

<sup>207</sup> Op. cit., p. 10.

<sup>208</sup> AULETE, Caldas. *Dicionário Caldas Aulete da língua portuguesa*: edição de bolso. Rio de Janeiro: Lexikon Editora Digital, 2007, p. 380.

meios que maximizem os resultados e causem menos gravames para a comunidade. Neste sentido manifesta-se Humberto Ávila, ao discorrer acerca do princípio ora em comento:

Eficiente é a atuação administrativa que promove de forma satisfatória os fins em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos. Para que a administração esteja de acordo com o dever de eficiência, não basta escolher os meios adequados para promover seus fins. A eficiência exige mais do que mera adequação. Ela exige satisfatoriedade na promoção dos fins atribuídos à administração. Escolher um meio adequado para promover um fim, mas que promove o fim de modo insignificante, com muitos efeitos negativos paralelos ou com pouca certeza, é violar o dever de eficiência administrativa. O dever de eficiência traduz-se, pois, na exigência de promoção satisfatória dos fins atribuídos à administração pública, considerando a promoção satisfatória, para esse propósito, a promoção minimamente intensa e certa do fim<sup>209</sup>.

A eficiência, portanto, representa a obtenção dos resultados perseguidos com o menor custo possível, empregando-se aqui a expressão “custo” não apenas no seu aspecto financeiro, mas também como sinônimo de gravames ou restrições impostas aos administrados. Assim, o princípio da eficiência, conforme leciona Paulo Modesto, impõe à Administração o dever de maximizar recursos.

Na administração prestadora, constitutiva, não basta ao administrador atuar de forma legal e neutra, é fundamental que atue com eficiência, com rendimento, maximizando recursos e produzindo resultados satisfatórios<sup>210</sup>.

A busca da eficiência, no entanto, não pode implicar a mitigação ou mesmo anulação do princípio da legalidade. Assim, em que pese tenha o dever de

---

<sup>209</sup> ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, p. 23-4, out./nov./dez. 2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acessado em 26-12-2007.

<sup>210</sup> Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 10, p. 9, maio/jun./jul. 2007. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acessado em 26-12-2007.

alcançar um desempenho eficiente, não poderá o administrador, para tanto, valer-se de comportamentos que não lhe são autorizados pelo ordenamento jurídico.

Em razão da alteração promovida no art. 37, da Carta Magna, pela Emenda Constitucional n. 19/98, atualmente, o princípio da eficiência encontra-se explicitamente albergado pelo aludido dispositivo.

## **2.10. Princípio da segurança jurídica**

O princípio da segurança jurídica, conforme pontua Celso Antônio Bandeira de Mello, é “da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito”<sup>211</sup>.

Afinal, por meio da criação do Direito buscou o homem atender a um dos seus maiores e mais antigos anseios, o de conhecer, previamente, com precisão, as conseqüências dos seus atos. O Direito, portanto, propõe-se a gerar estabilidade no seio da sociedade, permitindo que os homens possam planejar o seu futuro, evitando surpresas, uma vez que sabem de antemão o que podem e o que não podem fazer.

Assim, em virtude do mencionado princípio, deve a Administração buscar preservar aquelas relações que já se encontram estabilizadas, evitando sobressaltos e instabilidades. Deve, por conseguinte, eximir-se adotar medidas que, desnecessariamente, desestabilizem a sociedade, não podendo produzir atos que, alterando circunstância até então vigente, tenham por finalidade agravar situações já consolidadas.

---

<sup>211</sup> *Curso de direito administrativo*, cit., p. 110.

Conquanto não esteja expressamente previsto na Constituição da República, o princípio da segurança jurídica emerge de diversos institutos nela contidos, como, por exemplo, a prescrição, a decadência, o usucapião, o direito adquirido, a irretroatividade das leis, entre outros, tendo sido albergado pelo *caput* do art. 2º, da Lei n. 9.784/99.

### **2.11. Princípio da moralidade administrativa**

O princípio da moralidade administrativa impõe à Administração o dever de, nas suas relações internas e ao relacionar-se com os administrados, atuar em conformidade com princípios éticos produzidos pela sociedade. Assim, ao agir, deve o administrador respeitar determinados valores como a lealdade, boa-fé, sinceridade, entre outros.

Dessa forma, não basta ao administrador observar o ordenamento jurídico, deve também comprometer-se com a preservação dos valores éticos albergados pela sociedade. A moralidade administrativa está diretamente ligada à moral social, à ética, à honestidade e ao respeito pela coisa pública.

Trata-se, por conseguinte, de princípio que ultrapassa os limites da legalidade, buscando submeter a Administração também a valores eleitos pela sociedade. O comportamento moral, desta forma, passa a ser um imperativo para o Estado.

Imprescindível esclarecer, porém, que, conforme destaca Weida Zancaner, com inequívoca precisão, o conceito de moralidade administrativa “não deve ter por parâmetro a conduta social das pessoas, mas o que elas entendem

como moralmente correto, o que dizem ser correto como valor que exprime o consenso social e os valores albergados pelo sistema jurídico positivo”<sup>212</sup>.

Na Carta Magna brasileira, o respeito ao princípio da moralidade é preconizado não apenas no *caput* do art. 37, mas também no inciso LXXIII, do art. 5º, que prevê o cabimento de ação popular para anular ato que implique violação ao princípio da moralidade.

## 2.12. Princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos

De acordo com o princípio em questão, albergado pelo art. 37, § 6º, da *Lex Legum*, as pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Assim, conforme assinala Ney José de Freitas, “diante de um comportamento estatal, lícito ou ilícito, causador de lesão na esfera jurídica do cidadão, irrompe, com todas as suas conseqüências, a responsabilidade do Estado”<sup>213</sup>.

Essa responsabilidade, quando o dano decorre de ato comissivo do Estado, é objetiva, ou seja, independe da comprovação de que tenha o agente atuado com dolo ou culpa ao praticar a conduta que veio a causar o prejuízo a ser ressarcido. Restando comprovado, porém, o dolo ou a culpa do agente, goza a

---

<sup>212</sup> ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do estado social e democrático de direito. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, ano I, n. 9, p. 12, dez. 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acessado em 26-12-2007.

<sup>213</sup> FREITAS, Ney José de. *Dispensa de empregados públicos & o princípio da motivação*. 1. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 80.

Administração de direito de regresso, podendo acionar este para que a indenize dos prejuízos que veio a sofrer.

Em se tratando, no entanto, de dano decorrente de eventual omissão do Estado, este somente responderá pelo prejuízo causado nas hipóteses em que restar comprovada a ocorrência de dolo ou culpa por parte do Estado.

### **2.13. Princípio da motivação**

O administrador público, na condição de gestor da *res publica*, não age em nome próprio, mas sim em nome do povo, fonte do poder que exerce. Assim, na qualidade de titulares do poder exercido pela Administração, os cidadãos têm o direito de saber o porquê dos atos por aquela praticados, como estes se mostram capazes de satisfazer o interesse público, bem como se estão de acordo com o ordenamento jurídico. Trata-se, portanto, de princípio que, em última análise, encontra raízes na idéia de um Estado Democrático de Direito, ou, como assinala Agustín Gordillo, na luta contra o absolutismo.

La lucha por la debida fundamentación del acto administrativo es parte de la lucha por la racionalización de poder y abolición del absolutismo, por la forma republicana de gobierno y la defensa de los derechos humanos<sup>214</sup>.

Dessa forma, os atos administrativos devem ser motivados, ou seja, segundo leciona Marçal Justen Filho, deve ser exposta a “representação mental do agente relativamente aos fatos e ao direito”, bem como “os fundamentos que

---

<sup>214</sup> GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo – El acto administrativo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey/Fundación de Derecho Administrativo, 2003, t. III, p. X/14.

conduziram a agir em determinado sentido”<sup>215</sup>. Assim, deve o administrador, nas palavras de Vladimir da Rocha França, “concatenar os elementos fáticos e jurídicos relevantes para construir uma argumentação hábil para convencer a comunidade jurídica sobre a validade e oportunidade do próprio ato”<sup>216</sup>, isto é, apontar os fundamentos fáticos e jurídicos do ato praticado, demonstrando como estes justificam a medida adotada.

Em se tratando, porém, de atos vinculados em que a aplicação da lei ocorra quase que de modo automático, não sendo conferida ao administrador liberdade para escolher qual a medida a ser adotada, tampouco o momento de agir, admite-se a simples exposição dos fatos e da norma, uma vez que, em tais hipóteses, a motivação está implícita. A mera exposição da situação fática e invocação da norma justificam a prática do ato. Nesse sentido manifesta-se Celso Antônio Bandeira de Mello, ao asseverar que:

Em algumas hipóteses de atos vinculados, isto é, aqueles em que há aplicação quase automática da lei, por não existir campo para interferência de juízos subjetivos do administrador, a simples menção do fato e da regra de Direito aplicanda pode ser suficiente, por estar implícita a motivação<sup>217</sup>.

Nas hipóteses, contudo, em que o administrador gozar de alguma espécie de discricionariedade ou em que a prática do ato demandar análise mais detida acerca da situação existente, deverá apontar como, em face do ordenamento jurídico e do panorama fático existente, o ato praticado se justifica.

---

<sup>215</sup> Op. cit., p. 199.

<sup>216</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. Considerações sobre o dever de motivação dos atos administrativos ampliativos. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 46, p. 75, 2004.

<sup>217</sup> *Curso de direito administrativo*, cit., p. 100.

A necessidade de motivação dos atos administrativos torna-se ainda mais evidente quando se constata que a sua ausência inviabiliza uma precisa verificação da adequação do ato aos princípios inerentes ao regime jurídico administrativo, como, por exemplo, da finalidade, da proporcionalidade, da razoabilidade.

Impossibilita, dessa forma, o questionamento da validade daquele perante o Poder Judiciário. Afinal, sem conhecer os fundamentos do ato que pretende impugnar, não poderá o administrado infirmá-los, demonstrando, por exemplo, que o ato praticado não se justifica em face do quadro fático existente ou que os fatos invocados não ocorreram.

Também em virtude disso, a motivação deve ser prévia ou contemporânea à prática do ato. Isso porque, a motivação posterior à prática do ato, além de restringir a possibilidade de o administrado questionar aquele perante o Poder Judiciário, conforme exposto, permite a criação de motivos que não existiam à época em que foi praticado o ato.

A falta de motivação, assim como a indicação de motivos falsos ou incoerentes torna o ato nulo.

O princípio da motivação, conquanto não positivado expressamente pela Constituição da República, permeia toda a atividade administrativa e pode ser implicitamente verificado no ordenamento jurídico.

Basta notar que a motivação suficiente é requisito imposto pelo art. 93, X, da Carta Magna, para as decisões tomadas pelo Poder Judiciário no exercício da função administrativa. Ora, por certo beiraria o absurdo imaginar que, a despeito de estar o Poder Judiciário obrigado a fundamentar os atos que pratica no exercício da função administrativa, estaria a Administração dispensada de fazê-lo quando exerce

a mesma atividade. Eventual intelecção neste sentido representaria um enorme contra-senso, bem como uma ofensa à inteligência do intérprete.

#### **2.14. Princípios do devido processo legal e da ampla defesa**

Os princípios do devido processo legal e da ampla defesa decorrem do disposto no art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República, incisos que preconizam, respectivamente, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os recursos a ela inerentes”.

Em virtude dos aludidos preceitos normativos, a Administração, antes de adotar decisões que possam atingir a liberdade e a propriedade do cidadão, deve oferecer-lhe a possibilidade de defender-se amplamente, contrapondo-se aos fundamentos que conduziram ao ato a ser praticado, inclusive produzindo eventuais provas, bem como de recorrer da decisão tomada. Não pode, portanto, atingir direitos de alguém sem que permita a esta pessoa questionar previamente tal ato. Terá, deste modo, de obedecer a um processo regular.

Sendo, contudo, urgente a medida a ser adotada, isto é, dependendo a preservação do interesse público da prática imediata do ato, esta poderá ocorrer sem a observância de um processo regular. Em tais casos, conforme assinala Celso Antônio Bandeira de Mello, poderá haver a “postergação provisória do contraditório e ampla defesa”<sup>218</sup>.

---

<sup>218</sup> *Curso de direito administrativo*, cit., p. 104.

Trata-se, no entanto, de exceção, pelo que deverá a Administração recorrer ao Poder Judiciário para que possa fazê-lo, demandando a este que determine liminarmente a providência em questão. Somente poderá praticar o ato sem a observância de tais princípios e sem a prévia autorização do Poder Judiciário quando o decurso do prazo necessário à obtenção de tal autorização implicar o sacrifício do interesse público que se busca preservar.

### **2.15. Princípio do controle judicial dos atos administrativos**

No Direito brasileiro, em virtude do preceito normativo consignado no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, nenhuma “lesão ou ameaça a direito” pode ser excluída da apreciação pelo Poder Judiciário. Assim, conforme assinala Celso Antônio Bandeira de Mello, “não há órgãos jurisdicionais estranhos ao Poder Judiciário para decidir, com esta força específica, sobre as contendas entre a Administração e administrados”<sup>219</sup>. Portanto, só o Poder Judiciário pode decidir litígios em caráter definitivo.

Dessa forma, o ato administrativo não se mostra definitivo perante o ordenamento jurídico. Cabe ao Poder Judiciário, por conseguinte, de acordo com o princípio analisado, anular os atos administrativos inválidos, bem como impor condutas e condenações pecuniárias à Administração.

---

<sup>219</sup> *Curso de direito administrativo*, cit., p. 108.

### **3. OS PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A MOTIVAÇÃO DO ATO DE DISPENSA DOS SERVIDORES SUBMETIDOS AO REGIME DA CLT**

Questão relevante que se coloca, no tocante ao rompimento do vínculo mantido entre o Estado e os servidores submetidos ao regime celetista, é aquela que diz respeito à necessidade de motivação do ato de dispensa destes.

O problema surge quando se analisa a dispensa dos servidores vinculados às empresas públicas e sociedades de economia mista.

Isso porque, em virtude de o inciso II, do § 1º, do art. 173, da Carta Magna brasileira estipular que as empresas públicas, sociedades de economia mista e “suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços” devem se sujeitar ao “regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”, tem-se entendido, especialmente no âmbito jurisprudencial, que a dispensa dos servidores vinculados a tais entes não precisaria ser motivada.

Afinal, como regra, não estão as empresas privadas obrigadas a motivar os atos por meio dos quais promovem a dispensa dos seus empregados. A admissão e dispensa de empregados no âmbito da iniciativa privada, salvo em situações atípicas, como, por exemplo, aquela em que o empregado que se encontra resguardado pelo instituto da estabilidade, é livre. Portanto, o rompimento do liame empregatício pelo empregador não está condicionado à prática de uma determinada conduta pelo empregado, prescindindo de motivação. Nesse sentido ordena-se o sistema jurídico trabalhista, desde o momento em que a adoção do

sistema do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS tornou-se obrigatória para todos os empregados. Assim, com base em tal panorama, afirma-se que também a dispensa dos servidores vinculados às empresas públicas e sociedades de economia mista é livre, não dependendo de motivação.

Corroborando tal inteligência, o Tribunal Superior do Trabalho, em 20-6-2001, editou a Orientação Jurisprudencial n. 247<sup>220</sup>, da SDI-1, que preconiza que “a despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade”.

Trata-se, não obstante, de entendimento com o qual não concordamos, por diversos motivos.

Inicialmente, cumpre salientar que o art. 173, da *Lex Legum*, como toda e qualquer norma, não pode ser interpretado isoladamente. Em homenagem à unidade e harmonia do sistema constitucional, o preceito em questão deve ser analisado em conjunto com as outras regras contidas na Carta Magna. Portanto, não lhe pode ser conferida interpretação que conflite com estas.

Mais ainda, a norma analisada deve ser compreendida à luz dos princípios constitucionais. Afinal, estes, conforme exposto no item 1 do presente capítulo, representam mandamentos centrais do sistema, pelo que, além de lhe conferirem harmonia, orientam toda a sua compreensão. Não podem, por conseguinte, ser simplesmente ignorados no processo de interpretação das normas.

---

<sup>220</sup> OJ n. 247-SDI-1 – “SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE.  
I - A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade;  
II - A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais”. Inserida em 20-6-2001 (Alterada – Res. n. 143/2007 - DJ 13-11-2007).

A importância dos princípios na análise das demais normas é enfatizada por Celso Ribeiro Bastos, que afirma que “pode-se dizer validamente que se deve procurar uma interpretação que harmonize ao máximo a norma interpretanda com o princípio ou princípios aos quais se vincula”<sup>221</sup>. Neste sentido manifesta-se também Geraldo Ataliba, citado por Weida Zancaner, que, salientando o papel de destaque dos princípios no ordenamento jurídico, leciona que “mesmo no nível constitucional, há ordem que faz com que as regras tenham uma interpretação e eficácia condicionada pelos princípios”<sup>222</sup>.

Dessa forma, o art. 173, § 1º, II, da Constituição deve ser interpretado de maneira a compatibilizar-se com as demais regras constitucionais, submetendo-se ainda aos princípios aplicáveis à hipótese analisada. Não pode ser compreendido de maneira autônoma. O sistema constitucional deve ser compreendido como um todo uniforme, devendo ser assim interpretado. Não se pode preterir a interpretação sistemática, em prol de uma visão reduzida e parcial do ordenamento.

É incorreto, por conseguinte, imaginar que o simples fato de a Administração, em algumas oportunidades, atuar sob a égide do direito privado, contratando servidores pelo regime da CLT, tem o condão de equipará-la completamente ao empregador privado. Eventual intelecção neste sentido, por certo, seria deveras equivocada.

Isso porque, a mera participação da Administração em uma determinada relação jurídica é suficiente para publicizá-la, fazendo com que passe a

---

<sup>221</sup> *Hermenêutica e interpretação*, cit., p. 133.

<sup>222</sup> ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 6, apud ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do estado social e democrático de direito. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, ano I, n. 9, p. 5, dez. 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acessado em 26-12-2007.

sofrer a influência do conjunto de princípios e regras que compõem o regime jurídico administrativo.

Assim, conquanto submetidas ao regime de direito privado, as empresas públicas e sociedades de economia mista também se sujeitam a normas oriundas do regime jurídico administrativo, especialmente aos princípios que compõem este. Nesse sentido já teve oportunidade de se manifestar o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Mandado de Segurança, tombado sob o n. 21.322-1<sup>223</sup>, relatado pelo Ministro Paulo Brossard. A ementa da decisão proferida no julgamento do aludido remédio deixa claro o entendimento no sentido de serem aplicáveis às empresas públicas e sociedades de economia mista os princípios atinentes ao regime jurídico administrativo.

CARGOS e EMPREGOS PÚBLICOS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, INDIRETA e FUNDACIONAL. ACESSIBILIDADE. CONCURSO PÚBLICO. A acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros, nos termos da Lei e mediante concurso público e princípio constitucional explícito, desde 1934, art. 168. Embora cronicamente sofismado, mercê de expedientes destinados a iludir a regra, não só foi reafirmado pela Constituição, como ampliado, para alcançar os empregos públicos, art. 37, I e II. Pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público. As autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas a regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica está igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o exposto no art. 173, par. 1. Exceções ao princípio, se existem, estão na própria Constituição.

Logo, o simples fato de às empresas públicas e sociedades de economia mista ter sido atribuída personalidade jurídica de direito privado, nas

---

<sup>223</sup> STF, Mandado de Segurança n. 21.322-1/DF, Relator: Ministro Paulo Brossard, Tribunal Pleno, publ. *DJU* de 23-4-1993.

palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “não significa, pois, que se desnature o caráter essencial delas; a de coadjuvantes do Poder Público, como seres integrados na totalidade de seu corpo administrativo”<sup>224</sup>. Situam-se, por conseguinte, em um ponto intermediário entre as entidades de direito público e as de direito privado instituídas por particulares, agrupando características próprias do regime jurídico administrativo e outras do regime jurídico de direito comum.

Até porque, em que pese as atividades desempenhadas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista serem próprias da iniciativa privada, conforme alerta Marlúcia Lopes Ferro, voltam-se tais entes à satisfação do interesse público.

[...] o investimento do Estado na criação de um ente administrativo para exercer tais funções demonstra inequivocamente um interesse público a ser tutelado; interesse esse apto a alterar as relações *interna corporis* travadas entre Estado empregador e os empregados públicos<sup>225</sup>.

Portanto, de acordo com as lições de Douglas Rodrigues, uma vez que perseguem finalidades públicas, as empresas públicas e sociedades de economia mista devem se submeter ao regime jurídico administrativo.

Por isso, ainda que pertencentes ao universo jurídico das empresas privadas, como prevê o art. 173 da Constituição Federal, as empresas públicas e sociedades de economia mista perseguem finalidades essencialmente públicas, estando, por isso vinculadas diretamente aos diversos preceitos que orientam a atuação da Administração Pública<sup>226</sup>.

---

<sup>224</sup> *Regime constitucional, cit.*, p. 61.

<sup>225</sup> FERRO, Marlúcia Lopes. *Sociedade de economia mista & despedida imotivada*. São Paulo: LTr, 2007, p. 129.

<sup>226</sup> RODRIGUES, Douglas apud SOARES, José Ronald Cavalcante (Coord.). *O servidor público e a justiça do trabalho – Homenagem ao Ministro Ronaldo José Lopes Leal*. São Paulo: LTr, 2005, p. 62.

Logo, a personalidade jurídica de direito privado com que se revestem tais entes, em virtude das finalidades a serem por eles alcançadas, não tem o condão de impedir a aplicação, às relações que constituem, dos princípios inerentes ao regime jurídico administrativo, entre os quais se encontra o princípio da motivação.

Dessa forma, também as empresas públicas e sociedades de economia mista estão submetidas ao princípio da motivação, pelo que obrigadas a justificar os seus atos, indicando os fundamentos fáticos e jurídicos que conduziram à providência adotada.

Nem poderia ser diferente. Afinal, conforme pontua Ney José de Freitas, “o administrador público, na condição de gestor da *res publica*, não detém liberdade para agir de acordo com a sua vontade”<sup>227</sup>. Por conseguinte, deve prestar contas de seus atos, demonstrando como estes se mostram capazes de satisfazer os interesses cuja gestão lhes foi confiada. Nesse sentido leciona também Adilson Abreu Dallari:

Administração Pública é atividade de quem não é dono. No campo das atividades empresárias pode ocorrer que o administrador seja também o dono, mas na administração da coisa pública isso não pode acontecer, pois o titular dos interesses geridos é sempre o povo, a coletividade em seu conjunto, apenas representada pelo Estado. Nenhum administrador público é dono dos bens e interesses de que deve curar.

O administrador público é sempre gestor de coisa alheia. Quem gere coisa alheia está sempre obrigado a atuar em favor do titular da coisa e, conseqüentemente, deve prestar contas de suas ações. O controle da administração dos interesses públicos, portanto, é algo elementar<sup>228</sup>.

---

<sup>227</sup> Op. cit., p. 132.

<sup>228</sup> DALLARI, Adilson Abreu. Controle compartilhado da administração da justiça. *Revista Jurídica/Presidência da República*, Brasília: A Presidência, v. 7, n. 73, jun./jul. 2005. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_73/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_73/). Acessado em 1º-1-2008.

Assim, é incorreto pensar que, em virtude do disposto no art. 173, § 1º, II, da Constituição da República, as empresas públicas e sociedades de economia mista não precisariam motivar os atos por meio dos quais rompem o vínculo mantido com os seus servidores. Tal interpretação mostra-se incompatível com os princípios que compõem o regime jurídico administrativo.

Corroborar este entendimento o fato de tais entes não poderem contratar servidores sem a prévia realização de concurso público. Ora, se têm de respeitar os princípios da moralidade, isonomia, eficiência e supremacia do interesse público na contratação de servidores, por certo, também têm de fazê-lo quando da dispensa destes.

Ocorre que, em se aceitando que a dispensa dos servidores vinculados às empresas públicas e sociedades de economia mista seria livre, prescindindo de motivação, fatalmente estar-se-ia aceitando que os aludidos princípios poderiam ser desrespeitados, dando-se margem a atos arbitrários. Quando menos, estar-se-ia admitindo que não seria possível apurar eventual violação àqueles.

Além disso, deve a Administração, como um todo, buscar a satisfação do interesse público. Assim, nas palavras de Carlos Ari Sundfeld, “a validade do ato de despedida de empregado público depende de, em concreto, ele realizar o interesse público”<sup>229</sup>. Ora, à época em que o servidor foi admitido, o interesse público justificava a sua contratação, por ter ele logrado êxito em concurso público, comprovando ser o mais apto a desempenhar, com eficiência, as atividades inerentes ao emprego no qual seria investido. Portanto, deve-se demonstrar a existência de algum evento posterior que altere a realidade até então existente, fazendo com que a manutenção deste servidor nos quadros do Estado não se

---

<sup>229</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Não é livre a demissão sem justa causa de servidor celetista. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo: NDJ, ano XI, n. 7, p. 395, 1995.

mostre mais capaz de satisfazer o interesse público. Do contrário, estar-se-ia admitindo poderia o administrador livremente dispor do interesse público, o que não se coaduna com os princípios inerentes ao regime jurídico administrativo.

Assim, a despeito do art. 173, § 1º, II, da Carta Magna, acreditamos que as empresas públicas e sociedades de economia mista não estão eximidas do dever de motivar os atos por meio dos quais promovem o desligamento de servidores dos seus quadros.

Analisando o tema, a Advocacia-Geral da União, por meio de parecer firmado pelo Consultor-Geral da União Obi Damasceno e publicado no *Diário Oficial da União* de 17-4-1995, já manifestou entendimento no sentido de que dispensa dos empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista deve ser motivada. O trecho abaixo transcrito, citado por Ney José de Freitas, ilustra o entendimento manifestado no aludido parecer.

A dispensa do emprego, como todo ato administrativo, há de ser motivada ainda que se cuide de relação regida pela CLT, implicando a sua falta, sem dúvida, invalidade do ato, até mesmo por se configurar, na hipótese, abuso de poder. No âmbito da Administração Pública, ao contrário do que se verifica na atividade privada, não é admissível venha a autoridade, ao seu talante, rescindir sem causa contrato de trabalho, máxime considerando tratar-se de servidor admitido por concurso e detentor em seus assentamentos de boas referências funcionais, como consta do processo<sup>230</sup>.

A inteligência externada no parecer invocado por Ney José de Freitas nos parece precisa. Em verdade, acreditamos que o legislador constituinte, por meio do citado art. 173, § 1º, II, da *Lex Legum*, não pretendeu conferir às empresas públicas e sociedades de economia mista privilégios, eximindo-as da obrigação de observar os princípios que compõem o regime jurídico administrativo, mas sim

---

<sup>230</sup> Op. cit., p. 135.

impedir que lhes fossem outorgadas prerrogativas não extensíveis às empresas privadas.

Não destoam deste entendimento as lições de Sérgio Torres Teixeira, que assevera:

Ao equiparar as entidades paraestatais às empresas privadas quanto à sujeição ao regime trabalhista de natureza empregatícia, o legislador constituinte não exclui as empresas públicas e as sociedades de economia mista da observância dos cânones da Administração Pública no tocante às suas relações laborais. O teor do § 1º do art. 173, assim, não afasta a incidência dos princípios administrativos positivados no texto constitucional. Apenas revela o condão de evitar que o próprio Estado venha a criar privilégios patronais às empresas paraestatais, em detrimento das empresas privadas, submetendo ambas a um mesmo ordenamento trabalhista, bem como a um mesmo regime tributário<sup>231</sup>.

Trata-se, em verdade, de norma que busca garantir que as empresas estatais e as empresas privadas concorram em igualdade de condições, e não outorgar, àquelas, benefícios. Do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento do Mandado de Segurança tombado sob o n. 21.322-1, extrai-se lição que confirma este entendimento.

Impõe-se observar, ainda, que a regra inscrita no art. 173, § 1º, da Constituição Federal – precisamente porque destinada a inibir, no plano normativo, possíveis tratamentos preferenciais em benefícios dos entes paraestatais – não exonera as empresas públicas e sociedades de economia mista da obrigação jurídico-constitucional de, elas também, e ainda que exploradoras de atividade empresarial na área econômica, promoverem a contratação de seus empregados mediante prévia realização de prova seletiva de caráter público.

---

<sup>231</sup> TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Proteção à relação de emprego*. São Paulo: LTr, 1998, p. 331.

Dessa forma, pensamos que a dispensa dos servidores vinculados às empresas públicas e sociedades de economia mista não é livre, devendo ser motivada. Isso não significa, porém, que tais servidores sejam detentores de estabilidade definitiva, já que, conforme alerta José Affonso Dallegrave Neto, “uma coisa é a estabilidade oriunda do art. 41, outra é a necessidade de motivar o ato de dispensa”<sup>232</sup>, mas apenas que, consoante leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, que “para serem desligados é preciso que haja uma causa de interesse público demonstrável”<sup>233</sup>, que deve ser externada pelo administrador.

A validade do ato por meio do qual o servidor é vinculado às empresas públicas e sociedades de economia mista, por conseguinte, está condicionada à existência de motivação suficiente.

#### **4. HIPÓTESES DE ESTABILIDADE DOS SERVIDORES SUBMETIDOS AO REGIME DA CLT**

Conforme visto no item precedente, a dispensa dos servidores submetidos ao regime da CLT não está condicionada à ocorrência de nenhum fato específico. Não é necessário que o servidor investido em emprego público pratique nenhuma conduta em particular para que a sua dispensa possa ocorrer.

Em verdade, a extinção do vínculo mantido entre o Estado e o servidor submetido ao regime celetista pode fundar-se unicamente em critérios de

---

<sup>232</sup> DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Motivação do ato que dispensa o servidor público celetista. *Revista LTr*, São Paulo, v. 66, n. 6, p. 691, 2002.

<sup>233</sup> *Regime constitucional*, cit., p. 60.

conveniência e oportunidade, desde que o ato que a provoca seja devidamente motivado.

Situações há, porém, em que esta liberdade é limitada, ficando a dispensa do empregado condicionada à prática, por este, de determinadas condutas, taxativamente previstas pelo ordenamento jurídico. Fala-se, então, em estabilidade, que, no âmbito trabalhista, representa o direito atribuído ao empregado, em virtude de uma circunstância tipificada, de caráter geral, de não ser dispensado, desde que não pratique nenhuma das condutas previstas no ordenamento como justas causas e que o estabelecimento no qual trabalha não seja extinto por motivos de força maior.

A estabilidade atribuída ao empregado poderá ser de natureza provisória ou definitiva<sup>234</sup>, conforme a garantia que lhe tenha sido outorgada deva perdurar por prazo indeterminado ou esteja fadada a extinguir-se após o decurso de determinado lapso temporal.

Contudo, após a promulgação da Constituição da República de 1988, que estendeu o regime do FGTS a todos os trabalhadores contratados sob o regime da CLT, tornando-o obrigatório, a legislação trabalhista passou a não mais prever hipóteses de estabilidade definitiva.

Assim, os empregados admitidos já sob a égide da Carta Magna de 1988, quando detentores de estabilidade, o serão apenas em caráter provisório, consoante restará exposto nos subitens subseqüentes, nos quais abordaremos as hipóteses de estabilidade aplicáveis aos servidores submetidos ao regime da CLT.

---

<sup>234</sup> Na doutrina comumente afirma-se que o vocábulo “estabilidade” deveria ser reservado apenas às hipóteses de estabilidade definitiva e que as hipóteses de estabilidade provisória seriam garantias provisórias de emprego. Neste sentido manifesta-se, por exemplo, Alice Monteiro de Barros, que assevera que “se é provisória não poderá ser estabilidade” (op. cit., p. 953). Sem embargo do respeito devido àqueles que sustentam tal entendimento, dele discordamos, por entendermos que o vocábulo “estável” não se confunde com o vocábulo “definitivo”, pelo que nada impede que a estabilidade atribuída ao empregado perdure apenas por determinado período de tempo.

#### 4.1. A estabilidade do dirigente sindical

Em virtude do quanto disposto no art. 8º, VIII, da Constituição da República, e § 3º, do art. 543, da CLT, é vedada a dispensa do empregado sindicalizado, a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação sindical, até 1 (um) ano após o final do seu mandato, caso seja eleito, inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave.

Assim, não pode ser dispensado o servidor público que esteja concorrendo a cargo de direção ou representação de entidade sindical, desde o registro da candidatura até a divulgação do resultado das eleições, bem como aquele que tenha sido eleito, ainda que como suplente, até um ano após o final do seu mandato.

Trata-se de norma que tem como escopo assegurar ao representante da categoria independência no exercício do mandato.

O direito à estabilidade provisória prevista no preceito normativo em questão nasce com o registro da candidatura do empregado e, caso este seja eleito, se estende até um ano após o término do mandato.

Contudo, para tanto, a entidade sindical responsável pela realização da eleição, de acordo com o § 5º do art. 543 da CLT, corroborado pelo teor do inciso I da Súmula 369<sup>235</sup> do Tribunal Superior do Trabalho, deve comunicar à empresa, “dentro de 24 (vinte e quatro) horas, o dia e a hora do registro da candidatura do seu empregado e, em igual prazo, sua eleição e posse”. Se não realizada a

---

<sup>235</sup> Dirigente sindical. Estabilidade provisória. (Conversão das Orientações Jurisprudenciais n. 34, 35, 86, 145 e 266 da SDI-1) – Res. 129/2005 – DJ de 20-4-2005.

I - É indispensável a comunicação, pela entidade sindical, ao empregador, na forma do § 5º do art. 543 da CLT (ex-OJ n. 34 - Inserida em 29-4-1994). [...]

comunicação dentro do prazo estipulado, a garantia não se aperfeiçoa<sup>236</sup>. Afinal, conforme leciona Alice Monteiro de Barros, a exigência prevista no preceito normativo é forma estabelecida *ad substantiam* e não apenas *ad probationem tantum*<sup>237</sup>. Até porque, se a garantia em comento implica a imposição de limites à atuação do empregador, sua eficácia, independentemente do conhecimento deste, infringe o princípio da razoabilidade.

Isso não significa, no entanto, que a ausência de comunicação dentro do interstício estipulado impeça o servidor, de maneira absoluta, de fruir da mencionada prerrogativa. Em verdade, a comunicação fora do prazo, mas no curso do contrato de trabalho, apenas faz com que a garantia em questão somente passe a vigor a partir da prática de tal ato e não a partir do registro da candidatura. Assim, se a dispensa do servidor ocorrer em momento anterior àquela, este não terá direito à reintegração.

Ademais, para fazer jus à aludida garantia, o servidor submetido ao regime da CLT deve ter sido eleito pela assembléia geral, em conformidade com o quanto disposto no art. 522, estatuto consolidado. Outrossim, ainda em respeito ao mencionado preceito, o número de diretores do sindicato não pode ser superior a sete. Sendo ignorado este limite, resta configurado o abuso de direito<sup>238</sup>, de maneira

---

<sup>236</sup> Há, porém, quem sustente que os fatos geradores da estabilidade em questão são o registro da candidatura e a assunção do cargo de dirigente sindical. A comunicação seria, portanto, mera formalidade, de maneira que a sua ausência, quando muito, isentaria o empregador do pagamento da multa a que alude o art. 543, § 6º, da CLT, e dos salários relativos ao período compreendido entre a dispensa e a efetiva reintegração do empregado. Asseveram aqueles que defendem tal linha de pensamento que eventual entendimento contrário poderia dar ensejo a absurdos, como, por exemplo, a ausência de comunicação pelo sindicato do registro da candidatura de integrante de chapa de oposição, unicamente com o escopo de impedir que este venha a adquirir estabilidade. Neste sentido se manifesta, por exemplo, Nei Frederico Cano Martins (*Garantias de emprego: questões controvertidas*. Suplemento trabalhista, Ano XXVI, n. 56/90, São Paulo: LTr, p. 297), citado por Alice Monteiro de Barros (op. cit., p. 958).

<sup>237</sup> Op. cit., p. 958.

<sup>238</sup> “Estabilidade sindical – Abuso de direito – Fixação do número de diretores pela Federação Profissional acima do previsto em lei. A lei consolidada continua a prever os procedimentos de estruturação dos entes sindicais, delineando, no art. 522, *caput*, o número de representantes-administradores da entidade como de, no mínimo, três e, no máximo, sete diretores. A fixação do

que somente farão jus à estabilidade aqueles diretores que ocupem cargos de maior relevância na estrutura do sindicato<sup>239</sup>, até o limite de sete.

O servidor que seja portador de estabilidade em virtude de ocupar cargo de dirigente sindical somente poderá ser dispensado em razão do cometimento de falta grave, sendo assim consideradas as condutas descritas no art. 482 da CLT, que deverá ser apurada por meio de inquérito judicial<sup>240</sup>.

#### **4.2. A estabilidade dos representantes dos empregados junto à CIPA**

Também são estáveis os servidores que atuam junto à Comissão Interna de Prevenção de Acidentes – CIPA, na qualidade de representantes dos

---

número de diretores pela Federação Profissional acima do limite legal, em número de cinquenta e quatro, contraria a lei e a jurisprudência do STF. Por evidente que a medida tem impacto direto no contrato de trabalho, impondo ônus destituído de esteio legal ao empregador, caracterizado na restrição imprópria do seu poder de rescisão contratual. Nessa linha de raciocínio, exsurge o abuso de direito por parte do representante da categoria profissional em liça, conduzindo ao reconhecimento da inexistência de estabilidade provisória sindical do empregado. Recurso de revista do empregado conhecido e desprovido” (TST, 4ª T., RR n. 348005/97-7, rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, *DJ* de 17-3-2000, p. 161).

<sup>239</sup> “Mandado de segurança – Dirigente sindical – Reintegração. Constado nos autos que a Diretoria do Sindicato obreiro foi constituída em desacordo com o artigo quinhentos e vinte e dois da CLT e, que o impetrante não exerce as atribuições previstas no parágrafo terceiro do referido artigo, tem-se que o mesmo não é detentor da estabilidade e via de consequência não faz jus à reintegração pleiteada. Segurança negada”. (TRT, 10ª Reg., Pleno – MS n. 85/2000, Rel. Juiz Leônidas José da Silva, *DJDF* 7-7-2000, p. 5) (RDT 06/00, p. 57).

“Estabilidade provisória do dirigente sindical – Violação ao art. 522 da CLT – Abuso de direito. Caracteriza abuso de direito a eleição de mais de sete trabalhadores para cargos de diretoria na entidade sindical representativa dos empregados, a teor do disposto no art. 522 da CLT. Não há que se falar em incompatibilidade com o art. 8º, I, da Constituição da República, devendo prevalecer as disposições consolidadas a respeito do tema enquanto não for promulgada lei regulamentar. Configurado o abuso de direito e SENDO O CARGO OCUPADO PELO RECLAMANTE DE MENOR RELEVÂNCIA NA DIREÇÃO DO SINDICATO, não goza o mesmo de estabilidade provisória no emprego, sendo indevida a sua reintegração e, conseqüentemente, o pagamento de salários vencidos e vincendos, bem como outras vantagens relativas ao período de afastamento” (TRT, 3ª Reg. 3ª T., RO 17470/2000, Rel. Juiz Eduardo A. Lobato, *DJMG* 25-11-2000, p. 31).

<sup>240</sup> A despeito de o art. 8º, VIII, da Constituição da República não fazer menção à necessidade de a falta cometida pelo dirigente sindical ser apurada por meio de inquérito judicial, em virtude do disposto no § 3º, art. 543, da CLT, encontra-se consolidado no âmbito jurisprudencial, nos termos da Súmula 197, do STF, e da Súmula nº 379, do TST, o entendimento no sentido de que a falta cometida pelo empregado deve ser apurada por meio de inquérito judicial.

empregados. Estes, bem como seus suplentes<sup>241</sup>, na forma do art. 10, II, a, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, não podem ser dispensados desde o registro da candidatura até a divulgação do resultado da eleição, ou, se eleitos, até um ano após o final do mandato.

Trata-se de norma que possui como escopo assegurar independência àqueles empregados que têm o dever de zelar por condições de trabalho seguras, relatando áreas de risco e solicitando ao empregador providências no sentido de reduzi-los ou eliminá-los, com o objetivo de evitar a ocorrência de acidentes e doenças ocupacionais. Tais empregados usualmente posicionam-se em sentido contrário aos interesses do empregador, pelo que a garantia em questão busca manter-lhes alheios a pressões e represálias, conferindo-lhes autonomia.

No entanto, de acordo com o art. 165 da CLT, a dispensa do representante dos empregados junto à CIPA poderá ocorrer quando fundar-se “em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro”. Dessa forma, os servidores amparados pela garantia em questão poderão ser dispensados não apenas em virtude de motivos disciplinares, sendo assim considerados aqueles elencados no art. 482, mas também em razão de motivos técnicos, econômicos ou financeiros. Estes, contudo, têm de ser efetivos, relevantes e atuais, a ponto de tornar imprescindível ao empregador a ruptura do respectivo contrato.

Ao contrário do que ocorre no que diz respeito ao dirigente sindical, a dispensa do empregado que atua como representante dos empregados junto à CIPA

---

<sup>241</sup> No que diz respeito à estabilidade do suplente de membro da CIPA, antes da Constituição de 1988, o art. 165, da CLT, se referia expressamente a “titulares”. Com base neste dispositivo, o Tribunal Superior do Trabalho negava esta garantia aos suplentes da CIPA. O art. 10, II, a, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no entanto, não estabeleceu nenhuma distinção entre titulares e suplentes, estendendo a garantia em questão aos empregados eleitos para cargos de direção. Assim, consolidou-se na jurisprudência, por meio da Súmula 339, I, do TST, o entendimento no sentido de que tal garantia atinge também os suplentes da CIPA.

não precisa ser precedida de inquérito judicial, uma vez que a lei não impõe tal exigência, como se pode verificar nos arts. 165, da CLT, e 10, II, *a*, do ADCT.

#### **4.3. A estabilidade da gestante**

A Constituição da República de 1988 concedeu também estabilidade provisória à empregada que se encontra grávida ou no período imediatamente subsequente ao parto. Esta, de acordo com o art. 10, II, *b*, do ADCT, não poderá ser dispensada desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, salvo na hipótese de praticar alguma das condutas descritas no art. 482 da CLT.

Importante salientar, contudo, que, ainda que o preceito normativo analisado fale em “confirmação da gravidez”, têm entendido a jurisprudência que o aperfeiçoamento da garantia em questão não está condicionado à comunicação ao empregador do estado gravídico da empregada. Afirma-se, em favor desta opinião, que o Direito do Trabalho não protege simplesmente o conhecimento da gravidez pelo empregador, mas a gestação, pelo que, havendo esta, estaria aperfeiçoada a garantia. Alega-se ainda que os vocábulos “confirmar” e “comunicar” possuem significados distintos, não se confundindo.

Corroborando tal inteligência, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Orientação Jurisprudencial n. 88, da SDI-1, posteriormente convertida no inciso I, da Súmula 244, que preconiza que “o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, *b*, ADCT)”. Dessa forma, ainda que o empregador não tenha conhecimento do estado gravídico da servidora, esta, se dispensada, fará jus à reintegração.

A servidora beneficiada pela garantia ora analisada, no entanto, poderá ser dispensada caso venha a praticar alguma das condutas descritas no art. 482, da CLT, independentemente da instauração de inquérito judicial.

#### **4.4. A estabilidade do acidentado**

A Lei n. 8.213, de 1991, em seu art. 118, assegura, ao empregado que sofre acidente de trabalho, a manutenção do contrato de trabalho pelos 12 meses subseqüentes à cessação do auxílio-doença acidentário por este percebido. Trata-se, portanto, de mais uma hipótese de estabilidade provisória aplicável aos servidores submetidos ao regime da CLT.

De acordo com Alice Monteiro de Barros, a estabilidade em questão foi criada em virtude de a realidade demonstrar “a freqüência de despedidas de trabalhadores egressos de afastamentos motivados por acidentes e a dificuldade que encontram na obtenção de novo emprego, mormente quando o infortúnio deixa seqüelas”<sup>242</sup>. Dessa forma, tem por fim assegurar ao empregado uma certa estabilidade, em uma fase em que este poderá apresentar diminuição no seu ritmo de trabalho, em virtude do afastamento sofrido.

Assim, o servidor submetido ao regime da CLT que tenha permanecido afastado<sup>243</sup> de suas atividades em virtude de acidente do trabalho, doença profissional ou doença do trabalho, estas últimas equiparadas ao acidente do

---

<sup>242</sup> Op. cit., p. 965.

<sup>243</sup> Atualmente, com a edição da Súmula 378, pelo Tribunal Superior do Trabalho, admite-se que mesmo o empregado que não esteve afastado de suas atividades durante o vínculo empregatício pode fazer jus à estabilidade. Isso ocorre, na forma do inciso II do aludido verbete, quando é constatada “doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego”. Nesta hipótese o empregado deve ser reintegrado aos quadros do seu antigo empregador. Permanecerá, contudo, afastado de suas atividades percebendo o benefício previdenciário que lhe tenha sido concedido pelo INSS e somente após a devida alta médica retomará as suas funções, quando então começará a ser contado o interstício de doze meses correspondente ao período estável.

trabalho por força do art. 20, I e II, da Lei n. 8.213/91, percebendo auxílio-doença acidentário, tem o direito à manutenção do seu contrato de trabalho nos 12 meses subseqüentes à cessação do benefício em questão.

Portanto, durante o aludido interstício, fica vedada a dispensa daquele, salvo quando esta tiver por fundamento o cometimento de alguma das condutas descritas no art. 482 da CLT.

#### **4.5. A estabilidade eleitoral**

A Lei n. 9.504/97, em seu art. 73, V, proíbe os agentes públicos de:

[...] nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, *ex officio*, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito [...].

Trata-se de norma que busca preservar a moralidade administrativa, evitando perseguições e privilégios. Questiona-se, contudo, a sua aplicabilidade no que diz respeito aos servidores submetidos ao regime da CLT. Entendemos que a resposta a este questionamento deve ser positiva.

Isso porque, ao fazer menção à contratação e à demissão sem justa causa, o preceito normativo em questão deixa claro que o seu âmbito de aplicação não se restringe aos servidores titulares de cargos. Afinal, o vínculo mantido entre os servidores titulares de cargos públicos e o Estado não é de natureza contratual, mas sim estatutária. Ademais, ainda no que diz respeito a estes, a demissão apresenta-se como ato de natureza punitiva, pelo que não há como se falar em *demissão sem*

*justa causa*. Logo, é evidente que o dispositivo em questão aplica-se também aos servidores contratados sob o regime da CLT<sup>244</sup>.

Dessa forma, “nos três meses que o antecedem [o *pleito eleitoral*] e até a posse dos eleitos” os servidores submetidos ao regime da CLT não poderão ser dispensados.

Tal limitação, porém, está adstrita à circunscrição do pleito. Não atinge, portanto, os entes de Direito Público em que não ocorram eleições. Assim, em se tratando de eleições presidenciais, a circunscrição será o país, enquanto nas eleições federais e estaduais, o Estado, e nas municipais, o Município.

Ademais, havendo o servidor adotado conduta que dê ensejo à sua dispensa com *justa causa*, a restrição em comento não prevalecerá. Afinal, esta somente alcança os atos fundados em critérios de conveniência e oportunidade, não atingindo aqueles praticados em virtude de falta cometida pelo servidor.

#### **4.6. A estabilidade prevista no art. 41 da Constituição da República**

Em sua redação original, dispunha o *caput* do art. 41, da *Lex Legum*, seriam “estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público”. O dispositivo em questão, porém, dava margem a discussões acerca da sua abrangência. Questionava-se, tanto no âmbito doutrinário como no jurisprudencial, se a estabilidade assegurada pela norma em comento alcançaria também aqueles servidores submetidos ao regime previsto na CLT, ou seja, os servidores titulares de empregos públicos.

---

<sup>244</sup> Confirmando a aplicabilidade da norma em questão aos servidores vinculados às empresas públicas e às sociedades de economia mista, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da SDI-1, editou a Orientação Jurisprudencial n. 51, que preconiza a aplicabilidade da legislação eleitoral a tais servidores.

Especialmente no âmbito doutrinário, a questão mostrava-se tormentosa, dando ensejo a diferentes pronunciamentos. De acordo com censo realizado por Ivan Barbosa Rigolin, em favor da extensão da estabilidade aos servidores submetidos ao regime da CLT, posição defendida pelo citado autor, posicionavam-se, entre outros, Toshio Mukai (*Administração pública na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 62), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 311-2), Carlos Valder do Nascimento (*Estabilidade e disponibilidade do servidor celetista*. São Paulo: RT, 1990, div. p.), Carlos Roberto Siqueira Castro (*Devido processo legal e razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, n. 15), Sérgio de Andréa Ferreira (*Comentários à Constituição*. v. 3, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 424) e Augusto Henrique Werneck Martins (*Regime único dos servidores, dos textos de administração municipal*, n. 6. IBAM: 1990, p. 24-6). Em sentido contrário manifestaram-se José Afonso da Silva (*Curso de direito constitucional positivo*. 5. ed. São Paulo: RT), Diogenes Gasparini (*Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1989) e Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*Curso de direito administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989), tendo os dois primeiros posteriormente modificado o entendimento adotado<sup>245</sup>.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 19, de 1998, a redação do *caput* do art. 41 da Carta Magna foi alterada, de maneira que este 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”. Contudo, conquanto o dispositivo constitucional tenha passado a fazer expressa menção à

---

<sup>245</sup> RIGOLIN, Ivan Barbosa. Servidor público – Três questões: 1ª) FGTS; 2ª) estabilidade de celetistas concursados; 3ª) contratações temporárias. Apud TELLES, Antonio A. Queiroz, e ARAUJO, Edmir Netto de (Org.). *Direito administrativo na década de 90 – Estudos jurídicos em homenagem ao Prof. Cretella Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 281-2.

necessidade de o servidor ter sido nomeado “para cargo de provimento efetivo”, a celeuma acerca da sua abrangência não foi resolvida.

Assim, ainda hoje há quem sustente que a estabilidade prevista no *caput* do mencionado art. 41 aplica-se também aos servidores submetidos ao regime jurídico previsto na CLT.

Aqueles que defendem tal entendimento, conforme assinalam Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante e Francisco Ferreira Jorge Neto, o fazem alegando que os princípios da legalidade, moralidade e motivação, aos quais se submete toda a Administração Pública, bem como a exigência de prévia aprovação em concurso público para a investidura em cargos e empregos públicos, restringiram a dispensa imotivada do servidor investido em emprego público. Afirmam ainda que, tendo sido assegurada a estabilidade aos servidores estatutários e aos empregados públicos que contavam com mais de 5 anos de serviço à época da promulgação da Constituição da República (art. 19, ADCT), a não-concessão desta aos empregados públicos violaria o princípio da isonomia. Por fim, asseveram que, ao fazer referência aos “servidores”, a norma analisada estaria se remetendo ao gênero, dentro do qual estariam inseridos também aqueles submetidos ao regime da CLT.

Apesar de se equiparar ao empregador comum quando contrata pela Consolidação Trabalhista, a Administração Pública quando contrata não o faz de forma livre e aleatória, mas deve nortear seus atos pela legalidade, moralidade e motivação, em especial, os ditames do Texto Constitucional, os quais determinam a realização de concurso público e restringem a dispensa imotivada após a aprovação em estágio probatório.

Pensar de forma diversa, argumentam os opositores à primeira corrente, implicaria em dizer que o princípio da isonomia estaria ferido, quando concedesse estabilidade aos funcionários estatutários, aos empregados celetistas com mais de cinco anos de serviços, quando da promulgação do Texto Constitucional (art. 19, ADCT) e não se reconhecesse também a estabilidade do empregado público aprovado em concurso público.

[...]

Não se poderia dar ao preceito constitucional interpretação restritiva, sendo que a própria literalidade do dispositivo constitucional não comporta, já que se refere expressamente a “servidor público”, o qual é gênero e não espécie<sup>246</sup>.

Adotando postura intermediária, o Tribunal Superior do Trabalho, em abril de 2005, editou a Súmula 390<sup>247</sup>, decorrente da conversão das Orientações Jurisprudenciais n. 229 e 265 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial n. 22 da SBDI-2. O aludido verbete, no tocante aos servidores submetidos ao regime celetista, preconiza a aplicação da estabilidade prevista no *caput* do art. 41, da Constituição da República, apenas àqueles que estiverem vinculados à Administração direta, autárquica ou fundacional, excluindo da incidência de tal garantia os empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Trata-se de entendimentos, no entanto, não nos parecem os mais acertados.

Primeiramente, cumpre notar que o legislador, ao editar a Emenda Constitucional n. 19/98, fez questão de incluir no dispositivo analisado a expressão “cargo de provimento efetivo”, que não existia na sua redação original. Ora, se assim o fez, foi porque desejava deixar claro que a estabilidade prevista no *caput* do art. 41 somente se aplica aos servidores titulares de “cargo de provimento efetivo”.

---

<sup>246</sup> Op. cit., p. 184-5.

<sup>247</sup> “ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL (Conversão das Orientações Jurisprudenciais n. 229 e 265 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial n. 22 da SBDI-2) – Res. 129/2005, DJ de 20, 22 e 25-4-2005. I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJs nºs 265 da SBDI-1, inserida em 27-9-2002, e 22 da SBDI-2, inserida em 20-9-2000).

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. (ex-OJ n. 229 da SBDI-1, inserida em 20-6-2001)”.

Não basta, portanto, que o ingresso do servidor nos quadros da Administração tenha se dado em virtude da sua aprovação em concurso público. Somente torna-se estável o servidor “nomeado para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público”. O dispositivo, por conseguinte, não se aplica aos servidores que sejam titulares de empregos públicos.

Não se trata de dar interpretação restritiva ao preceito constitucional em questão, mas sim de aplicar a distinção feita pelo próprio legislador. Afinal, cargo público é uma coisa e emprego público é outra coisa distinta. Assim, se a norma analisada faz referência aos servidores titulares de cargos, não pode ser aplicada àqueles contratados sob o regime da CLT.

Importante destacar que, antes mesmo da edição da Emenda Constitucional n. 19/98, a redação do mencionado art. 41 já deixava claro que a estabilidade que previa somente dizia respeito aos servidores investidos em cargos públicos. Afinal, o seu § 1º expressamente dispunha que o “servidor público estável só perderá o cargo em virtude de...”. Ora, ao associar a estabilidade a restrições no tocante à perda do *cargo*, o dispositivo em questão já evidenciava que tal garantia somente se aplicava aos servidores estatutários, o que apenas restou corroborado com a edição da citada Emenda Constitucional.

Ademais, não se pode olvidar que o art. 41 está inserido na Seção II – Dos servidores públicos, do Capítulo VII – Da Administração Pública, que diz respeito aos servidores titulares de cargos públicos.

Evidente, portanto, que a estabilidade prevista no *caput* do art. 41 da Constituição da República não se aplica aos servidores titulares de empregos públicos.

Não altera tal conclusão o fato de a investidura em emprego público estar condicionada à prévia aprovação em concurso público. Afinal, a realização de concurso público representa mera decorrência do princípio da moralidade, que não gera para o empregado público a garantia da estabilidade. Representa, em verdade, limite imposto à Administração, e não benefício instituído em favor do servidor.

Ademais, também não há como se falar que tal distinção implicaria violação ao princípio da isonomia. Afinal, não se está diante de situações idênticas, mas sim distintas, uma vez que o regime a que se submetem os servidores titulares de empregos públicos é diverso daquele a que se sujeitam os servidores titulares de cargos.

Em verdade, violação ao princípio da isonomia haveria sim se se atribuísse aos servidores submetidos ao regime da CLT a garantia da estabilidade. Afinal, sem nenhum tipo de justificativa, conforme alerta Francisco Antonio de Oliveira, estar-se-ia criando “dois tipos de celetistas: o particular, que tem direito ao Fundo de Garantia, mas não tem estabilidade; o celetista que, na qualidade de servidor público, tem direito ao Fundo de Garantia e estabilidade”<sup>248</sup>.

Mais ainda, estar-se-ia concedendo aos servidores submetidos ao regime da CLT mais benefícios do que aos servidores titulares de cargos de provimento efetivo. Isso porque, estes, conquanto tenham direito a estabilidade, não têm direito ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS. Já os servidores titulares de empregos públicos passariam a ter direito à estabilidade e ao FGTS. Ora, bem se vê que distinção indevida haveria sim na hipótese de se estender a garantia da estabilidade aos servidores submetidos ao regime celetista.

---

<sup>248</sup> OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Comentários às súmulas do TST*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 912.

A hipótese torna-se ainda mais inaceitável quando se analisa a gênese do instituto do FGTS. Ora, conforme esclarece Maurício Godinho Delgado, instituído pela Lei n. 5.107, de 1966, o FGTS apresentava-se “como sistema alternativo ao indenizatório e estabilitário da CLT”<sup>249</sup>. Trata-se, portanto, de instituto que foi criado como substitutivo do instituto da estabilidade. Logo, é impossível pretender que o empregado seja, concomitantemente, beneficiado por ambos os institutos.

Assim, repita-se, entendemos que a estabilidade prevista no dispositivo constitucional analisado somente se aplica aos servidores titulares de cargos de provimento efetivo.

## **5. JUSTAS CAUSAS DOS EMPREGADOS**

Conforme exposto no item 4 do presente capítulo, prevê o sistema jurídico brasileiro situações em que a liberdade conferida ao empregador de rescindir o contrato de trabalho mantido com os seus empregados fica, durante determinado interstício temporal, restrita.

Esta limitação, contudo, não é absoluta, mas relativa. Isso porque, ainda que o empregado esteja protegido pelo instituto da estabilidade, não estará o empregador totalmente impedido de dispensá-lo. Afinal, a adoção de determinados comportamentos por aquele, em virtude da gravidade de que se revestem, inviabiliza a manutenção do contrato de trabalho.

---

<sup>249</sup> Op. cit., p. 1269.

Dessa forma, caso venha o servidor submetido ao regime celetista a cometer justa causa, definida por Evaristo de Moraes Filho como “todo ato doloso ou culposamente grave, que faça desaparecer a confiança e boa-fé existente entre as partes, tornando, assim, impossível o prosseguimento da relação”<sup>250</sup>, poderá o Estado rescindir o contrato de trabalho com aquele mantido.

A gravidade da falta, no entanto, deverá ser analisada diante do caso concreto, levando-se em conta os padrões vigentes na sociedade, o emprego ocupado pelo servidor, o seu grau de instrução, entre outros fatores.

Para que se possa falar em justa causa, contudo, não basta que a infração praticada pelo empregado seja grave. Em verdade, aponta a doutrina alguns requisitos como necessários à configuração da justa causa, a saber: a) o caráter determinante da falta; b) a atualidade ou imediatidade da falta; c) a proporcionalidade da punição; e d) a previsão legal.

Assim, além de grave, a falta cometida pelo servidor deve ser determinante para o rompimento do vínculo empregatício. Entre a falta cometida e a extinção do vínculo empregatício deve haver uma relação de causa e efeito. Não pode o Estado valer-se de infração cometida pelo servidor para justificar dispensa que, de fato, funda-se em situação distinta. Portanto, se invoca determinada conduta como justificativa para o rompimento do liame empregatício, não poderá, posteriormente, valer-se de outra para fundamentar o ato praticado, por haver constatado que aquela inicialmente mencionada mostra-se insubsistente.

Outrossim, deve haver atualidade entre a falta cometida e a punição aplicada, isto é, não pode o Estado deixar transcorrer grande lapso temporal entre a infração e a dispensa do empregado, sob pena de restar configurada a renúncia ou

---

<sup>250</sup> FILHO, Evaristo de Moraes. A justa causa na rescisão do contrato de trabalho, 1946, p. 56, apud MARANHÃO, Délio et al. *Instituições de direito do trabalho*, v. 1, 17. ed., atual. São Paulo: LTr, 1997, p. 573.

o perdão tácito. Conforme assinala Délio Maranhão, “uma falta conhecida e não punida entende-se perdoada”<sup>251</sup>. Nesse sentido mostram-se inequívocas as lições de Alice Monteiro de Barros.

Configura-se a renúncia ou o perdão tácito quando o empregador toma ciência do comportamento faltoso do empregado e mesmo assim permite que trabalhe por um lapso de tempo relativamente longo, não comprovando estivesse neste período aguardando investigação contínua, cautelosa e criteriosa, a fim de, depois, romper o ajuste<sup>252</sup>.

Ademais, a punição aplicada deve, ainda, ser proporcional à falta cometida. Não se justifica, portanto, a dispensa de servidor que, por exemplo, culposamente descumpra regulamento da empresa. Para apuração da gravidade da falta devem ser levados em consideração fatores como a instrução do servidor, o ambiente de trabalho, a atividade desenvolvida, entre outros.

Além de todos os requisitos anteriores, faz-se importante, ainda, que a falta indicada como fundamento para o rompimento do vínculo empregatício seja reconhecida pelo ordenamento jurídico como capaz de justificar a dispensa daqueles que se sujeitam ao regime da CLT, conforme alerta Maurício Godinho Delgado, ao definir justa causa como a “conduta tipificada em lei que autoriza a resolução do contrato de trabalho por culpa da parte comitente”<sup>253</sup>. Por conseguinte, somente podem ser reputadas justas causas aquelas condutas taxativamente previstas pelo sistema jurídico.

Como infrações capazes de justificar o rompimento do liame empregatício mantido entre o empregador e os seus empregados, inclusive aqueles

---

<sup>251</sup> Op. cit., p. 575.

<sup>252</sup> Op. cit., p. 865.

<sup>253</sup> Op. cit., p. 1183.

protegidos pelo instituto da estabilidade, a CLT, em seu art. 482, aponta as seguintes hipóteses: a) ato de improbidade; b) incontinência de conduta ou mau procedimento; c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço; d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; e) desídia no desempenho das respectivas funções; f) embriaguez habitual ou em serviço; g) violação de segredo da empresa; h) ato de indisciplina ou de insubordinação; i) abandono de emprego; j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; e l) prática constante de jogos de azar. Prevê ainda hipóteses específicas, concernentes apenas a determinadas categorias profissionais, como, por exemplo, aquelas descritas nos arts. 240 e 508, aplicáveis, respectivamente, aos ferroviários e bancários.

### **5.1. Os atos de improbidade**

A CLT, em seu art. 482, a, aponta como justa causa para a rescisão do contrato de trabalho pelo empregador a prática pelo empregado de ato de improbidade.

De acordo com Alice Monteiro de Barros, “os atos de improbidade traduzem obtenção dolosa de uma vantagem de qualquer ordem. Caracterizam-se,

em geral, pela prática do furto, do roubo, do estelionato, ou da apropriação indébita”<sup>254</sup>. Trata-se, portanto, de atos que, de alguma maneira, revelam uma fraqueza no caráter do empregado, a má-fé, a desonestidade, afastando a confiança inerente ao contrato de trabalho.

Assim, o servidor submetido ao regime da CLT não precisa, necessariamente, atentar contra o patrimônio do seu empregador, o Estado. O ato de improbidade caracteriza-se pela obtenção, por aquele, de uma vantagem indevida, ou seja, pelo locupletamento ilícito do servidor.

A despeito de o preceito normativo fazer referência a “*ato de improbidade*”, a improbidade pode revelar-se também pela ausência de atos, ou seja, pela omissão do servidor. Afinal, conforme alerta de Wagner Giglio, “o intérprete da legislação trabalhista deve ser menos rigoroso, na análise do valor técnico dos termos da lei, do que o civilista”, uma vez que “o Direito do Trabalho é um ramo novo da ciência jurídica e, por isso, ainda não apurou sua técnica”<sup>255</sup>. Logo, qualquer comportamento do servidor pode evidenciar a sua desonestidade, inclusive eventual omissão sua, caracterizando a improbidade.

No tocante ao local da prática do ato, entendemos que, ainda que o ato desonesto tenha sido praticado fora do horário de trabalho, resta configurada a justa causa a autorizar o rompimento do vínculo de emprego. Isso porque, o servidor, como todo ser humano, possui uma única personalidade. Assim, se se mostra desonesto, revelando um aspecto de sua personalidade até então desconhecido pelo seu empregador, ainda que não o faça no seu ambiente de trabalho, abala a confiança inerente ao liame empregatício, autorizando a rompimento deste.

---

<sup>254</sup> Op. cit., p. 869.

<sup>255</sup> GIGLIO, Wagner D. *Justa causa*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 55.

## 5.2. A incontinência de conduta e o mau procedimento

O art. 482, *b*, da CLT aponta ainda como justificativas para o rompimento do vínculo empregatício a incontinência de conduta e o mau procedimento.

A incontinência de conduta representa, nas palavras de Wagner Giglio, “o desregramento de conduta ligado à vida sexual, direta ou indiretamente”<sup>256</sup>. Caracteriza-se, portanto, pela ausência de pudor por parte do servidor no tocante à sua vida sexual, exteriorizando-se por meio de gestos, palavras e atos obscenos. Incorre em tal falta, por exemplo, o servidor que assedia sexualmente colega de trabalho, cliente da empresa ou mesmo o próprio empregador.

A pessoa ofendida pelo ato faltoso pode ser um colega, um inferior hierárquico do infrator ou mesmo um terceiro, estranho ao vínculo empregatício.

O mau procedimento não se confunde com a incontinência de conduta. Configura-se, em verdade, pela violação pelo servidor das regras de convivência social, por meio de conduta capaz de afetar a harmonia do ambiente de trabalho. Nesse sentido leciona Alice Monteiro de Barros, ao discorrer a respeito da falta em comento.

O mau procedimento caracteriza-se quando evidenciado o comportamento incorreto do empregado, traduzido pela prática de atos que firam a discricção pessoal, as regras do bom viver, o respeito, o decoro, ou quando a conduta do obreiro configurar impolidez ou falta capazes de ofender a dignidade de alguém, prejudicando as boas condições no ambiente de trabalho<sup>257</sup>.

---

<sup>256</sup> Op. cit., p. 79.

<sup>257</sup> Op. cit., p. 873.

Trata-se, desta forma, da mais ampla das justas causas, pelo que somente se configura se excluídas as demais, ou seja, apenas se pode falar em mau procedimento se a conduta analisada não se subsumir a nenhuma das outras hipóteses descritas no art. 482 da CLT.

### **5.3. Negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador**

Em razão do teor do art. 482, c, da CLT, também pratica conduta apta a justificar a rescisão do seu contrato de trabalho o servidor que negocia habitualmente, por conta própria ou alheia, desde que, ao assim agir, concorra com a empresa para a qual trabalha ou prejudique as suas atividades.

Por negociação deve-se entender qualquer atividade, seja industrial, comercial, rural, de transporte etc., e não apenas o simples ato de comércio. Esta, porém, deve ocorrer com habitualidade, ou seja, de maneira costumeira, repetida. Assim, o servidor que pratica um único ato de concorrência ou prejudicial ao serviço não incorre na hipótese analisada.

De acordo com o preceito normativo analisado, a atividade concorrente ou prejudicial pode ser desempenhada pelo servidor por conta própria ou alheia, pelo que este poderá exercê-la como trabalhador autônomo, como empregador ou subordinado.

No tocante aos empregados vinculados à iniciativa privada, em virtude da redação dada ao dispositivo em comento, afirma-se que a permissão do empregador para o exercício de atividade concorrente ou prejudicial ao serviço desfigura a justa causa. Entendemos, porém, que tal exceção não se aplica aos

servidores submetidos ao regime da CLT. Do contrário, estar-se-ia admitindo poderia o administrador autorizar determinado servidor a desempenhar atividade prejudicial ao interesse público, o que implicaria flagrante violação ao princípio da indisponibilidade do interesse público, ao qual se submete toda a Administração Pública. A hipótese nos parece inadmissível.

Dessa forma, no que se refere aos servidores submetidos ao regime da CLT, acreditamos que a ausência de permissão do empregador para o exercício de atividades concorrentes ou prejudiciais aos serviços por eles desempenhados representa uma presunção absoluta. Não podem ser tais servidores autorizados a exercer as mencionadas atividades, pelo que, se o fizerem, incorrerão na justa causa analisada, autorizando o rompimento dos vínculos empregatícios que mantinham com o Estado.

#### **5.4. Condenação criminal**

Também deve ser dispensado por justa causa, com base no art. 482, *d*, da CLT, o servidor titular de emprego público que for condenado criminalmente, por decisão transitada em julgado, desde que lhe tenha sido imposta pena privativa de liberdade e que não tenha havido suspensão da execução da pena. Afinal, em tal situação, resta ele impossibilitado fisicamente de continuar trabalhando, pelo que descumprirá obrigação elementar oriunda do contrato de trabalho, qual seja, a de prestar serviços.

O mesmo pode ser dito quanto ao servidor sujeito à pena de interdição de direitos, quando a execução desta mostrar-se incompatível com a continuidade da prestação de serviços, tal como ocorre, por exemplo, quando aquele, na forma do

art. 47, II, do Código Penal, é proibido de exercer atividade, ofício, profissão ou cargo na empresa, e ao servidor internado em estabelecimento psiquiátrico. Isso porque, também em tais hipóteses resta o servidor impedido de desempenhar as atividades que lhe haviam sido confiadas.

Importante destacar, no entanto, que, se ao servidor condenado a pena privativa de liberdade for concedido o direito de cumprir a condenação em prisão-albergue, na forma do art. 36, § 1º, do CP, restará afastada a justa causa sob análise, na medida em que, em tal situação, nada impedirá que ele continue trabalhando e, portanto, cumprindo as obrigações inerentes ao contrato de trabalho.

### **5.5. Desídia**

De acordo com o art. 482, e, da CLT, pratica conduta capaz de ensejar o rompimento do liame empregatício por justa causa o servidor que atua com desídia no desempenho das suas funções.

A desídia, de acordo com Alice Monteiro de Barros, “implica violação ao dever de diligência” e “caracteriza-se pelo desleixo, pela má-vontade, pela incúria, pela falta de zelo ou de interesse no exercício das suas funções”<sup>258</sup>, podendo manifestar-se por meio de produção defeituosa, de má-qualidade, ou diminuição quantitativa do serviço<sup>259</sup>. Portanto, o empregado que atua com desídia descumpre dever fundamental que decorre do contrato de trabalho celebrado, qual seja, o de prestar os serviços contratados com diligência e produtividade normais.

---

<sup>258</sup> Op. cit., p. 876.

<sup>259</sup> Quando a diminuição da produção ou a deficiência qualitativa do serviço decorrerem de fatores alheios à vontade do empregado, como, por exemplo, a doença daquele ou a má qualidade da matéria-prima utilizada pela empresa, não há como se falar em desídia. O elemento intencional é imprescindível para a configuração da falta em questão.

Ao prever que a desídia deve ocorrer quando o empregado estiver “no desempenho das respectivas funções”, contudo, o preceito normativo em questão deixa claro que, conforme alerta Wagner Giglio, “só se poderá falar em desídia, portanto, quando o empregado está executando a atividade avençada, isto é, desempenhando seu mister, seu cargo ou sua função”<sup>260</sup>. Assim, se o servidor estiver desempenhando atividade para a qual não foi contratado, não se poderá apurar a negligência caracterizadora da desídia. Outrossim, evidencia ainda que a falta em questão deve ser praticada quando o servidor estiver em serviço, isto é, à disposição do seu empregador.

Como regra, a caracterização da falta analisada demanda a reiteração do comportamento reputado desidioso, de maneira que fique configurado o desleixo, a preguiça, o desinteresse, ou seja, a falta de diligência do servidor, e não o mero erro eventual, inerente à falibilidade característica do ser humano. Há casos, no entanto, em que uma única manifestação faltosa, dada a sua gravidade e a intensidade da culpa do empregado, é suficiente para justificar o rompimento do liame empregatício.

## 5.6. Embriaguez

Em virtude do disposto na alínea *f* do art. 482 da CLT, também deve ser dispensado, por justa causa, o servidor que se embriaga habitualmente ou se apresenta em tal estado para desempenhar as suas atividades.

O preceito normativo em comento prevê duas hipóteses distintas, a saber, a do empregado que, fora do ambiente de trabalho, costuma permanecer

---

<sup>260</sup> Op. cit., p. 132.

ébrio, e daquele que se apresenta embriagado para desempenhar as suas atividades. Naquela, a embriaguez deve ser habitual, ou seja, costumeira, reiterada, enquanto nesta, para a configuração da falta em questão, basta que o empregado se apresente para trabalhar ébrio, ainda que isto ocorra uma única vez.

A embriaguez do empregado, conforme assinala Mozart Victor Russomano, citado por Wagner Giglio, pode decorrer de diversos fatores:

A embriaguez pode ser motivada pelo álcool (a sua forma mais comum), mas também pode ser resultante do uso de dezenas de outras substâncias tóxicas e entorpecentes: morfina, cocaína, ópio, seus derivados, etc. A lei não distinguiu. Estipulou, somente, que a embriaguez, na forma supra-referida, constitui justa causa. É de se entender, pois, que, qualquer que seja o tóxico usado, esse fato autoriza a dispensa do obreiro, visto que as conseqüências para a relação de emprego são sempre as mesmas<sup>261</sup>.

Independentemente da sua motivação, no entanto, deve ser voluntária, ou seja, o elemento intencional é imprescindível. Assim, o servidor deve ter intencionalmente consumido as substâncias que o conduziram ao estado de embriaguez. Acaso esta decorra de fatores alheios à vontade daquele, como, por exemplo, o uso de remédios com o escopo de tratar determinada moléstia, não autoriza o rompimento do liame empregatício.

### **5.7. Violação de segredo da empresa**

O art. 482, *f*, da CLT prevê, ainda, como hipótese que justifica o rompimento do vínculo empregatício, a violação, pelo empregado, de segredo da empresa.

---

<sup>261</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 3. ed., v. 2. Rio de Janeiro: Konfino, 1995, p. 678, apud GIGLIO, Wagner D. Op. cit., p. 153.

Violar, contudo, conforme assinala Wagner Giglio, “não se confunde com o simples revelar, significa divulgar ou explorar, abusivamente, causando prejuízo à empresa”<sup>262</sup>.

Assim, incorre na falta em questão o servidor que divulga ou explora, abusivamente, causando prejuízo ao seu empregador, informações atinentes à produção ou ao negócio, tais como, por exemplo, patentes de invenção, métodos de trabalho, segredos de fabricação ou informações comerciais, às quais teve acesso em virtude das atividades que lhe foram confiadas e que, pela vontade do empregador, deveriam permanecer em sigilo.

A revelação, porém, não basta para que se possa falar em justa causa. É necessário também que esta se mostre capaz de gerar um prejuízo ao empregador, ou seja, deve haver um prejuízo em potencial.

### **5.8. Ato de indisciplina ou insubordinação**

A prática de ato de indisciplina ou insubordinação, de acordo com a alínea *h* do art. 482 da CLT, também autoriza o rompimento do liame mantido com o servidor titular de emprego público.

Trata-se de mais um preceito normativo que prevê duas hipóteses distintas. A primeira, ou seja, a prática de ato de indisciplina, diz respeito ao empregado que descumpra uma determinação geral do empregador, enquanto a segunda, isto é, a prática de ato de insubordinação, concerne ao empregado que se rebela contra uma ordem individualmente dirigida a ele. Em ambas as situações, porém, conforme leciona José Augusto Rodrigues Pinto, “estará sendo violado, com

---

<sup>262</sup> Op. cit., p. 199.

igual gravidade, o dever de subordinação constitutivo de seu perfil jurídico e de sua prestação no ajuste laboral<sup>263</sup>, ou seja, descumprida obrigação que emerge do contrato de trabalho celebrado.

A falta, entretanto, somente ocorrerá se a ordem descumprida for lícita e emanada de quem tenha competência para tanto. Afinal, o servidor não está obrigado a acatar ordens ilícitas. Tampouco pode ser compelido a cumprir ordens contrárias aos bons costumes nem obrigações alheias ao contrato de trabalho<sup>264</sup>.

Outrossim, conforme alerta Wagner Giglio, como regra, o cometimento isolado de um único ato de indisciplina ou insubordinação não enseja a dispensa.

Regra geral, os atos de indisciplina ou de insubordinação não são de natureza grave e, por isso, não incompatibilizam o empregado com a empresa. Esta lhe aplica pena diversa do despedimento, com intuito de corrigi-lo, enquadrá-lo nas normas disciplinares vigentes no estabelecimento e reaproveitá-lo como elemento útil à produção. Somente a repetição de atos faltosos demonstra, com segurança, o ânimo indisciplinado ou insubordinado do faltoso; só a reiteração de infração convence o empregador de que se trata de elemento incorrigível, prejudicial ao bom ambiente de trabalho, incompatível com a organização empresarial<sup>265</sup>.

Assim, apenas excepcionalmente a prática de um único ato faltoso justifica o rompimento do vínculo empregatício. Isso pode ocorrer quando a situação fática existente reveste a falta cometida de tamanha gravidade que torna incompatível a manutenção do contrato de trabalho. Tal se dá, por exemplo, quando evidente a intenção do servidor de desrespeitar as ordens que lhe foram dadas, ou, ainda, quando este ocupa posição hierárquica diferenciada.

---

<sup>263</sup> PINTO, José Augusto Rodrigues. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 564.

<sup>264</sup> O art. 483, a, da CLT, autoriza o empregado a considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando lhe forem exigidos serviços defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato.

<sup>265</sup> Op. cit., p. 221.

### 5.9. O abandono de emprego

Como decorrência lógica do contrato de trabalho, surge para o servidor o dever de prestar serviços em favor do seu empregador. Trata-se de obrigação primordial, pelo que o seu descumprimento justifica o rompimento do vínculo empregatício mantido entre as partes. Nesse sentido, o art. 482, *i*, da CLT prevê como justa causa para rescisão do contrato de trabalho do empregado o abandono de emprego.

A configuração da falta em comento, conforme leciona Maurício Godinho Delgado, pressupõe a existência de dois elementos, “o objetivo, consistente no real afastamento do serviço; e o subjetivo, consistente na intenção, ainda que implícita, de romper o vínculo”<sup>266</sup>.

No tocante ao elemento objetivo, em virtude do disposto no art. 472, §1º, da CLT, consolidou-se no âmbito jurisprudencial entendimento, refletido pela Súmula 32<sup>267</sup> do TST, no sentido de que o afastamento do empregado de suas atividades deve ser por prazo superior a trinta dias. Este necessita, igualmente, ser continuado, isto é ininterrupto, e ocorrer em período em que o empregado estava obrigado a desempenhar suas atividades.

O elemento subjetivo, por sua vez, deve ser presumido com base nos fatos e nas circunstâncias que envolvem a ausência. É a análise destes que vai evidenciar a vontade do servidor de romper o liame mantido com o Estado. Em face do entendimento cristalizado no âmbito jurisprudencial, afirma-se, contudo, que a

---

<sup>266</sup> Op. cit., p. 1199.

<sup>267</sup> Súmula 32 do TST: “Configura-se o abandono de emprego quando o trabalhador não retornar ao serviço no prazo de 30 dias após a cessação do benefício previdenciário, nem justificar o motivo de não o fazer”.

ausência por prazo superior a trinta dias denota a intenção deste de deixar o emprego.

Para a configuração da falta em comento, outrossim, a ausência deve ocorrer de maneira injustificada. Somente o silêncio do servidor autoriza falar-se em abandono de emprego. Acaso este justifique sua ausência, apresentando fundamento plausível para o seu afastamento e manifestando intenção de voltar ao trabalho, ou externe ao Estado a sua intenção de romper o vínculo até então mantido com este, somente poder-se-á falar, quando muito, na segunda situação, em rompimento do vínculo por iniciativa do servidor, jamais em justa causa.

Hipóteses há, contudo, em que o prazo acolhido pela jurisprudência como suficiente para gerar a presunção da existência do elemento subjetivo pode sofrer sensível redução. Isto ocorre quando as circunstâncias concretas evidenciam a intenção do servidor de romper o pacto, como, por exemplo, quando o empregador, no caso, o Estado, tem notícia de que aquele obteve novo emprego, em horário incompatível com o do antigo contrato. Em tais situações prescinde-se do elemento objetivo para a configuração do abandono.

Dessa forma, a depender da situação dar-se-á maior prevalência ao elemento objetivo ou ao elemento subjetivo.

#### **5.10. Ato lesivo à honra ou boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições**

O preceito normativo contido no art. 482, *j*, da CLT prevê duas situações distintas que autorizam o rompimento do vínculo empregatício. A primeira, que corresponde à prática de “ato lesivo da honra ou da boa fama”, diz respeito ao

empregado que pratica injúria, calúnia ou difamação contra colegas ou terceiros. Abrange, portanto, as ofensas morais. A segunda, ou seja, a prática de “ofensas físicas”, se aplica ao empregado que agride ou tenta agredir fisicamente colega de trabalho ou terceiro.

A honra é comumente dividida na doutrina em duas espécies distintas: a honra subjetiva e a honra objetiva. Aquela é traduzida pelo juízo que a pessoa faz de si mesma, ou seja, a imagem que a pessoa internamente constrói a seu respeito. Já a honra objetiva corresponde à reputação social, ou seja, ao juízo que a sociedade faz a respeito de uma determinada pessoa. Confunde-se, portanto, para fins do dispositivo analisado, com a “boa-fama”.

Assim, incorre na falta em questão o servidor que, por meio de gestos, palavras ou atitudes, causa dano à honra objetiva ou à honra subjetiva de colegas ou terceiros.

Pratica ofensa física, por sua vez, o servidor que atenta contra a integridade física de colegas ou terceiros. Esta agressão física poderá ser consumada ou simplesmente tentada, sendo assim considerada, de acordo com o art. 14 do Código Penal, aquela que, “iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”.

Contudo, independentemente de qual seja a conduta praticada, de acordo com o dispositivo em comento, ela deve ocorrer no ambiente de trabalho. Conforme esclarece Maurício Godinho Delgado, conquanto o preceito normativo analisado mencione que o ato deve ser praticado “no serviço”, não é relevante que o ofensor esteja trabalhando, “o fundamental é que ele se encontre no âmbito laborativo, de modo a permitir que sua infração, injustificadamente, contamine o

ambiente do estabelecimento ou da empresa”<sup>268</sup>. Assim, deve estar o servidor na empresa ou em seus arredores.

Portanto, o ato lesivo da honra ou da boa fama, assim como a ofensa física, perpetrados pelo servidor, contra colega ou terceiro, fora do local de trabalho, não configurarão justa causa, salvo se praticados em conexão com o serviço.

O simples cometimento pelo servidor de uma única agressão física, em virtude da gravidade inerente à falta em questão, como regra, é suficiente para caracterizar a justa causa. Em se tratando, porém, de ofensa à honra ou boa fama, conforme assinala Wagner Giglio, determinadas circunstâncias devem ser consideradas:

No exame da gravidade das práticas faltosas, para caracterização da justa causa, assumem grande importância a intenção do agente, suas condições pessoais, o ambiente de trabalho e outras circunstâncias, posto que a intensidade da ofensa varia bastante<sup>269</sup>.

No entanto, de acordo com o preceito normativo analisado, se as ofensas praticadas pelo servidor resultarem de legítima defesa, não restará configurada a falta em questão. De acordo com o art. 25 do Código Penal, age em legítima defesa “quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Assim, pode o servidor praticar as condutas previstas no preceito normativo em questão, desde que o faça com o escopo de repelir agressão injusta, isto é, ilícita e não provocada, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. A ofensa praticada pelo servidor, no entanto, não pode mostrar-se desnecessária e desproporcional à agressão que buscava repelir.

---

<sup>268</sup> Op. cit., p. 1201.

<sup>269</sup> Op. cit., p. 326.

Em se tratando, porém, de servidor que busca repelir, por meio de ofensa à honra ou à integridade física de terceiros ou de colegas, agressão à sua honra, não há como se falar em legítima defesa. Isso porque, acaso busque ele repelir a ofensa a sua honra ofendendo a quem o insultou, haverá retorsão, de acordo com o art. 140, § 1º, II, do Código Penal, e não legítima defesa. Outrossim, na hipótese de reagir agredindo fisicamente seu ofensor, a falta de proporcionalidade entre a agressão que buscava repelir e o meio utilizado inviabiliza a configuração da legítima defesa. Assim, a legítima defesa somente se aplica aos casos em que o servidor busca repelir ofensa física.

#### **5.11. Ato lesivo à honra ou boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos**

Prevê a alínea *k* do art. 482 da CLT duas hipóteses muito semelhantes àquelas descritas na alínea *j*, do aludido dispositivo, quais sejam, a prática de “ato lesivo da honra ou da boa fama” ou de “ofensas físicas”. Diferencia-se da sua antecessora, contudo, na medida em que, para configuração da falta que descreve, além de exigir que os atos em questão sejam perpetrados “contra o empregador e superiores hierárquicos”, admite sejam eles praticados fora do ambiente de trabalho.

A eliminação da exigência de que os atos descritos sejam praticados “no serviço” justifica-se plenamente, na medida em que a agressão a superiores hierárquicos, mesmo fora do ambiente de trabalho, incompatibiliza o agressor com o exercício de suas funções.

Conforme o art. 2º da CLT, “considera-se empregador a empresa”. São superiores hierárquicos somente aqueles que ocupam posição mais elevada, com

relação vertical a seus subordinados. Os superiores hierárquicos o são apenas com relação a seus subordinados, e não aos de outro superior.

### **5.12. Prática constante de jogos de azar**

De acordo com Dorval de Lacerda, citado por José Augusto Rodrigues Pinto, “o jogo, praticado com habitualidade, determina, como é sabido, distúrbios gravíssimos de natureza econômica, gera paixões ruins e acarreta, via de regra, a perda do sentimento moral”<sup>270</sup>. A prática do jogo pelo empregado, portanto, ainda que não gere prejuízos imediatos ao empregador, faz surgir o risco de ocorrência destes, na medida em que muitas vezes conduz à prática de atos faltosos por parte daquele, como, por exemplo, a improbidade.

Assim, em face desta situação, o art. 482, I, da CLT prevê como hipótese que autoriza o rompimento do vínculo mantido com o empregado a “prática constante de jogos de azar”.

O dispositivo em questão, no entanto, não exige que tal prática ocorra no âmbito da empresa, mas apenas que seja constante. Assim, basta que a prática de jogos de azar pelo servidor ocorra com habitualidade para que reste autorizado o rompimento do vínculo empregatício.

Como jogo de azar, de acordo com o critério geral estabelecido no § 3º do art. 50 da Lei de Contravenções Penais, pode-se entender todo aquele cujo resultado dependa exclusiva ou principalmente da sorte, e não das habilidades dos praticantes.

---

<sup>270</sup> LACERDA, Dorval de. A falta grave no direito do trabalho. Rio de Janeiro: Trabalhista, 1964, p. 237, apud PINTO, José Augusto Rodrigues. *Tratado de direito material do trabalho*, cit., p. 565.

A configuração da falta em comento, no entanto, segundo tem-se entendido, demanda a busca do lucro por parte do jogador, ou seja, este, ao jogar, deve pretender obter uma vantagem econômica.

### **5.13. Justas causas específicas**

Além das faltas gerais descritas pelo art. 482, a CLT, em seu art. 508, prevê ainda outra hipótese que justifica o rompimento do vínculo empregatício, aplicável unicamente aos trabalhadores que integram a categoria profissional dos bancários, qual seja “a falta contumaz de pagamento de dívidas legalmente exigíveis”.

Para justificar a edição do preceito normativo em comento, afirmou o legislador, no art. 1º do Decreto-Lei n. 1.761, de 1939, que “o abuso ou malbaratamento do crédito por parte dos aludidos funcionários (bancários), ainda que em relações pessoais e privadas, atinge, moralmente, embora de modo indireto, o estabelecimento a que servem”. O fundamento dessa justa causa específica, portanto, reside no fato de o descontrole financeiro do empregado prejudicar a própria imagem da instituição financeira, justamente por gerar incertezas acerca da segurança do capital a ela confiado por seus correntistas.

A configuração da infração em comento, no entanto, demanda que a inadimplência seja contumaz. Logo, não é a simples ausência de pagamento de uma única dívida do servidor que enseja a aplicação da punição em questão. Outrossim, a dívida inadimplida deve ser legalmente exigível, o que exclui, por exemplo, dívidas de jogo. Assim, incorrem na prática dessa falta os servidores que, reiteradamente, deixam de quitar promissórias, duplicatas ou cometem faltas semelhantes.

Também comete infração definida como justa causa, na forma do disposto no art. 240 da CLT, o servidor que, atuando como ferroviário, se recusa, sem justificativa, a executar serviço extraordinário, “nos casos de urgência ou de acidente capazes de afetar a segurança ou regularidade do serviço”.

Por fim, de acordo com o art. 14 da Lei n. 7.783/89, comete infração capaz de justificar o rompimento do vínculo empregatício o servidor que, durante a greve, viola ou constrange os direitos e garantias fundamentais de outrem, ou, então, impede o acesso ao trabalho de outros colegas.

## **6. JUSTAS CAUSAS DOS EMPREGADORES. DESPEDIDA INDIRETA**

Conforme visto no item precedente, a adoção de determinados comportamentos por parte do servidor submetido ao regime da CLT, em virtude da gravidade com que tais condutas se revestem, inviabiliza a manutenção do contrato de trabalho.

Contudo, não apenas o servidor poderá descumprir as obrigações que emergem do contrato de trabalho. Também o empregador, no caso, o Estado, poderá dar ensejo ao rompimento do vínculo empregatício, mediante a prática de determinadas condutas.

Isso porque, a adoção de alguns comportamentos por parte do empregador, dada a gravidade com que estes se revestem, torna inviável a manutenção do vínculo, autorizando o servidor a requerer seja declarada a rescisão indireta do seu contrato de trabalho.

As condutas patronais que autorizam falar-se em rescisão indireta estão taxativamente previstas no ordenamento jurídico e serão abordadas nos itens que se seguem.

### **6.1. Exigência de serviços superiores à força do trabalhador, defesos por lei, contrários aos bons costumes ou alheios ao contrato**

A alínea *d* do art. 483 da CLT prevê que o empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando “forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato”.

Assim, caso venham a ser exigidos do servidor serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes ou alheios ao contrato, este poderá considerar rescindido o seu contrato de trabalho.

O preceito normativo em questão, portanto, aponta quatro hipóteses distintas, que, nas lições de Wagner Giglio, “impõe [m] limites ao poder de comando do empregador”<sup>271</sup> e que, uma vez verificadas, autorizam o empregado a considerar rompido o liame empregatício.

De acordo com Mozart Victor Russomano, exige serviços superiores às forças do empregado o empregador que impõe a realização de “tarefas impossíveis de serem executadas com os recursos físicos ou técnicos do trabalhador”<sup>272</sup>. Seria o caso, por exemplo, de se exigir do servidor o levantamento, sem o auxílio de aparelhos mecânicos e sem que este tenha compleição física que possibilite o

---

<sup>271</sup> Op. cit., p. 375.

<sup>272</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. Comentários à CLT. 13. ed., v. 1, Rio de Janeiro: Forense, p. 568, apud BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., p. 887.

cumprimento de tal tarefa, de carga muito superior ao seu peso corporal, ou ainda, o emprego de forças intelectuais superiores àquelas que usualmente possui.

Mas não é só. Por serviços superiores entende-se também aqueles que ultrapassam a capacidade normal de trabalho do empregado. Neste sentido apontam, de maneira inequívoca, as lições de Giglio.

O empregador contrata e o empregado se obriga a fornecer seu esforço *normal* de trabalho, e não *toda* sua capacidade de produzir trabalhando até a exaustão. Por isso, os serviços superiores, cuja exigência autoriza a rescisão do contrato, não devem ser entendidos como aqueles que *superam a possibilidade de execução do trabalhador*, mas como os que *excedem sua capacidade normal* de produzir. Em outros termos, são *os serviços excessivos*, e não os *impossíveis de realizar*, que caracterizam a justa causa<sup>273</sup>.

Também comete falta capaz de justificar o rompimento do vínculo empregatício o empregador que exige do empregado a prática de serviços defesos por lei.

O preceito normativo em comento menciona ainda, como conduta que enseja a rescisão indireta do contrato de trabalho, a exigência, por parte do empregador, da prestação de serviços contrários aos bons costumes.

O conceito de “bons costumes” confunde-se com o de moral social. Dessa forma, o caso concreto não deve ser analisado à luz dos valores do servidor, tampouco do seu superior hierárquico, mas sim em face dos costumes aceitos pela sociedade em uma determinada época.

A última hipótese contida no preceito normativo analisado diz respeito à exigência de serviços alheios ao contrato, isto é, tarefas não englobadas pelo contrato de trabalho celebrado entre as partes. A norma justifica-se plenamente,

---

<sup>273</sup> Op. cit., p. 376.

uma vez que, como assinala Wagner Giglio, “o empregador não contrata a pessoa do empregado ... contrata apenas sua energia norma de trabalho e, ainda assim, para determinada funções”.

O servidor contratado pelo Estado, portanto, somente se obriga a realizar determinadas tarefas, e não toda e qualquer tarefa, desde que compatível com o seu horário de trabalho. Dessa maneira, em lhe sendo exigido o cumprimento de tarefas alheias ao seu contrato de trabalho, isto é, buscando o empregador indevidamente ampliar os serviços pactuados, poderá considerar aquele rescindido.

Por fim, faz-se importante salientar que a configuração da justa causa em comento não depende do cumprimento pelo servidor da ordem emanada do seu superior. A simples exigência, por este, de serviços que se subsumam a alguma das hipóteses em questão é suficiente para que se possa falar em rescisão indireta.

## **6.2. Tratamento com rigor excessivo**

A CLT, em seu art. 483, *b*, preconiza que o empregado “poderá considerar rescindido o contrato de trabalho e pleitear a devida indenização quando for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo”.

De acordo com Valentin Carrion, verifica-se a existência de rigor excessivo quando em face de “repreensões ou medidas disciplinares que por falta de fundamento, repetição injustificada ou desproporção com o ato do empregado evidenciem perseguição ou intolerância; implicância ao dar as ordens ou exigência anormal em sua execução”<sup>274</sup>.

---

<sup>274</sup> CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 31. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 483.

Trata-se, portanto, de hipótese na qual se empreende perseguição contra o servidor, que passa a ser excessivamente cobrado, repreendido, enfim, tratado de maneira intolerante, desproporcional aos comportamentos que adota e mesmo incompatível com os padrões médios vigentes na sociedade. É o caso, por exemplo, do servidor que recebe advertência escrita por ter se atrasado cinco minutos no início da sua jornada.

Não é qualquer rigor, porém, que justifica o rompimento do liame empregatício. Conforme assinala Alice Monteiro de Barros, “o comportamento faltoso em exame pressupõe rigidez incomensurável, capaz de ferir a dignidade do empregado”<sup>275</sup>.

### **6.3. Exposição a perigo manifesto de mal considerável**

Também justifica o rompimento do liame empregatício, em virtude do quanto disposto no art. 483, c, a exposição do servidor a “perigo manifesto de mal considerável”. Subsume-se à hipótese prevista no preceito em questão o servidor que é obrigado a trabalhar em local que coloca em risco a sua integridade física.

O perigo em questão, porém, não decorre dos riscos inerentes à atividade desempenhada pelo servidor, mas emerge da desídia do empregador, o Estado, no tocante à observância de padrões mínimos de segurança e higiene. Afinal, conforme assinala Wagner Giglio, em algumas atividades o perigo é inevitável, porque inerente à própria atividade, como ocorre, por exemplo, com o eletricitista, o escafandrista, o policial, entre outras. Nestas, o perigo normal, decorrente da própria atividade, não configura a justa causa em questão<sup>276</sup>.

---

<sup>275</sup> Op. cit., p. 888.

<sup>276</sup> Op. cit., p. 397.

#### **6.4. Descumprimento, pelo empregador, das obrigações do contrato**

O descumprimento, pelo empregador, das obrigações contratuais, de acordo com o disposto no art. 483, *d*, da CLT, também justifica o rompimento do vínculo empregatício.

Discute-se na doutrina, porém, se por obrigações contratuais poder-se-ia entender também aquelas decorrentes da lei, de acordos e dissídios coletivos, e de decisões judiciais, ou apenas aquelas expressamente previstas no contrato de trabalho. Filiamo-nos àqueles que entendem que a expressão deve ser interpretada de maneira ampla, abarcando quaisquer obrigações, sejam elas legais, convencionais, normativas ou contratuais.

Afinal, conforme assinala Giglio, externando entendimento que muito se assemelha com aquele que manifestamos ao analisarmos as diferenças entre o regime estatutário e o celetista, “a maioria flagrante das condições da prestação de serviços subordinados é ditada pelo Estado, por meio de normas imperativas, de ordem pública”<sup>277</sup>. Assim, entender que somente o descumprimento de obrigações previstas no contrato de trabalho atrairia a incidência do dispositivo em comento seria reduzir a eficácia deste a um mínimo inaceitável.

Ademais, não se pode olvidar que as condições impostas pela lei integram o contrato de trabalho do empregado, pelo que, o descumprimento destas terminaria, em última análise, por representar também uma inobservância do próprio contrato de trabalho.

---

<sup>277</sup> Op. cit., p. 401.

Além disso, trata-se de intelecção que poderia conduzir a absurdos, como, por exemplo, a configuração da rescisão indireta pelo não-pagamento do abono de férias superior ao previsto no ordenamento, estipulado no contrato de trabalho, e a não-configuração da justa causa pela não-concessão das férias. Por certo, não se pode admitir que a infração mais leve seja punida com sanção mais grave que aquela aplicável à infração mais grave.

#### **6.5. Prática, pelo empregador, de atos lesivos da honra ou boa fama do empregado ou de pessoas da sua família**

Em face do disposto no art. 483, e, da CLT, o servidor poderá considerar rescindido o seu contrato de trabalho e pleitear a devida indenização quando “praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama”.

Identifica-se a hipótese ora em tela àquelas descritas nas alíneas *j* e *k* do art. 482 da CLT, já analisadas nos itens 5.10 e 5.11 do presente capítulo, aos quais nos remetemos no que diz respeito à análise das condutas descritas no antecedente da norma.

#### **6.6. Ofensa física praticada pelo empregador**

De acordo com o art. 483, *f*, da CLT, também resta configurada a justa causa do empregador quando este ou seus prepostos ofenderem fisicamente o empregado, salvo em caso de legítima defesa própria, ou de outrem.

Trata-se de dispositivo que repete, em parte, o teor das alíneas *j* e *k* do art. 482 da CLT, já analisados nos itens 5.10 e 5.11 do presente capítulo, aos quais nos remetemos.

### **6.7. Redução da oferta de serviços**

A última hipótese de rescisão indireta prevista no art. 483 da CLT diz respeito à redução do “trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários” percebidos pelo trabalhador.

Configura-se a justa causa em comento quando, sendo o empregado remunerado por peças produzidas ou tarefas realizadas, o empregador restringe a sua oferta de trabalho, de maneira a reduzir sensivelmente a sua remuneração.

Caso essa redução, porém, decorra de fatores alheios à vontade do empregador, como, por exemplo, eventual crise econômica, não há como se falar na justa causa em comento. A redução deve ocorrer por iniciativa do empregador.

## CAPÍTULO V

### OS EFEITOS DA ADMISSÃO DE SERVIDORES SEM A PRÉVIA REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO

1. A nulidade decorrente da ausência de realização de concurso público. 1.1. Existência, validade e eficácia. 1.2. Nulidade e eficácia. 1.3. Efeitos da declaração da nulidade do ato de investidura.

#### 1. A NULIDADE DECORRENTE DA AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO

Conforme exposto no Capítulo II do presente trabalho, em virtude do quanto disposto no art. 37, II, da Constituição da República de 1988, a investidura em cargo ou em emprego público, salvo exceções taxativamente previstas na Carta Magna, está condicionada à prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos. Trata-se de dispositivo que tem por finalidade preservar os princípios da isonomia, moralidade e eficiência.

Dessa forma, como regra, o ordenamento jurídico brasileiro não admite o provimento de cargo ou emprego público sem a precedente aprovação do servidor em concurso público.

Ocorre que, conforme deixa claro Norberto Bobbio, ao asseverar que “a possibilidade de transgressão distingue uma norma de uma lei científica”<sup>278</sup>, nem

---

<sup>278</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. rev. trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: EDIPRO, 2003, p. 153.

sempre o sistema jurídico é observado por aqueles cujas condutas objetiva disciplinar. Havendo o descumprimento da norma, age-se sobre a conduta que se mostra incompatível com o ordenamento, aplicando-se a sanção, definida pelo citado autor como “o expediente através do qual se busca, em um sistema normativo, salvaguardar a lei da erosão das ações contrárias”<sup>279</sup>. Busca-se por meio da sanção, portanto, anular a conduta em conflito com o ordenamento jurídico ou, quando menos, eliminar suas conseqüências danosas.

Assim, com o escopo de assegurar o cumprimento da norma em questão, estipulou o legislador constituinte, no § 2º, do art. 37, que a inobservância do disposto no inciso II, do mencionado artigo, implica “a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei”. Logo, o provimento de cargo ou emprego público sem a prévia realização de concurso público é sancionado com a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável pela sua prática.

O ato por meio do qual se promove o ingresso nos quadros do Estado de servidor não aprovado em concurso público é nulo, em virtude de não terem sido observadas a forma e solenidade previstas em lei, o que, nas palavras de Maurício Mazur, “retira a validade da investidura e autoriza a eliminação imediata do prestador de serviços do cargo ou emprego público que até então titularizava de modo precário”<sup>280</sup>. Assim, uma vez declarada a nulidade do ato, extingue-se o vínculo mantido entre o Estado e o servidor irregularmente admitido.

Isso não significa, contudo, ao contrário do que se poderia imaginar, que dessa investidura não decorram conseqüências. Afinal, até o momento em que tem a sua nulidade declarada, o ato por meio do qual se deu o provimento do cargo

---

<sup>279</sup> Idem, *ibidem*, p. 153.

<sup>280</sup> MAZUR, Maurício. O contrato de trabalho nulo com a administração pública e o recente enunciado n. 363 do TST. In: *Síntese Trabalhista*, ano XII, n. 139, p. 49, 2001.

ou emprego público permanece produzindo efeitos no mundo dos fatos, efeitos esses que, conforme se verá adiante, não podem ser simplesmente apagados.

### 1.1. Existência, validade e eficácia

Conforme assinala Estêvão Mallet, com precisão irretocável, “seria grave erro confundir [...] um plano do negócio jurídico com outro, equiparando negócios inexistentes com negócios inválidos ou negócios válidos com negócios eficazes ou, ainda, negócios inválidos com negócios ineficazes”<sup>281</sup>. De fato, não se pode confundir o negócio jurídico inexistente com o negócio jurídico inválido e com o ineficaz, assim como não se pode equiparar o negócio jurídico inválido ao ineficaz.

O plano da existência é o plano do ser. Isso porque, nem todos os fatos cotidianos são regulados pelo Direito. Fatos há que não possuem importância para o Direito, não sendo, portanto, por ele regulados. Estes fatos, ainda nas palavras de Estêvão Mallet, “não ingressam no mundo jurídico. Embora configurem fatos, como acontecimentos que são, não são fatos jurídicos ou são, para dizer de outro modo, fatos juridicamente inexistentes”<sup>282</sup>.

No plano da existência, por conseguinte, analisa-se se o suporte fático descrito na hipótese da norma se compôs, isto é, se os elementos constitutivos do negócio jurídico se fazem presentes, justificando a incidência da norma. Assim, de acordo com Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “é nesse plano que se

---

<sup>281</sup> MALLET, Estêvão. *Nulidade decorrente da contratação de empregado sem realização de concurso público*. In: MALLET, Estêvão. *Direito, trabalho e processo em transformação*. São Paulo: LTr, 2005, p. 63.

<sup>282</sup> Idem, *ibidem*, p. 63.

estudam os elementos constitutivos do negócio jurídico”<sup>283</sup>. O ato inexistente, dessa forma, é o ato incompleto ou inacabado.

Não se confunde com o plano da existência o plano da validade, em que pese sua análise esteja condicionada a uma prévia apreciação daquele, uma vez que não se pode reputar válido ou inválido um ato que não exista. O plano da validade, dizem Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, “*trata-se, em verdade, de um plano de adjetivação ou qualificação jurídica, em que se analisa a subsunção do negócio jurídico existente ao ordenamento jurídico em vigor*”<sup>284</sup>.

Assim, ao se analisar a validade de um determinado ato, busca-se verificar a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico. Esta análise, conforme assinala Daniele Coutinho Talamini, deve ser feita também com base nos princípios contidos no sistema.

Em termos mais específicos, é importante lembrar que para a validade do ato deve ser considerada não somente a observância às regras jurídicas, mas também aos princípios jurídicos. [...] Outra consideração de relevo é a de que todas as normas jurídicas que disciplinam o assunto devem ser observadas para que se tenha um ato válido, tendo-se em vista o ordenamento jurídico como um sistema<sup>285</sup>.

Ao plano da validade dizem respeito as nulidades. Logo, os atos inválidos poderão ser nulos ou anuláveis.

Por fim, mas não menos importante, se apresenta o plano da eficácia. Neste plano se verifica a capacidade do ato de produzir *in concreto* os seus efeitos próprios, ou seja, se repercute juridicamente no plano social, determinando seus

---

<sup>283</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil* (abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil). V. I – Parte Geral. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 327.

<sup>284</sup> Op. cit., p. 338.

<sup>285</sup> TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 37.

efeitos típicos. Assim, conforme leciona Teresa Arruda Alvim Wambier, “eficácia [...] terá o sentido de efetiva produção de efeitos típicos”<sup>286</sup>, isto é, aqueles efeitos perseguidos pelo agente.

## 1.2. Nulidade e eficácia

É lugar comum na doutrina a assertiva no sentido de que os atos nulos não produzem efeitos. Assim, como regra, a não-produção dos efeitos normalmente atribuídos ao ato ou ao negócio jurídico é apontada como decorrência lógica da nulidade. Conforme assinala Estêvão Mallet, “mostra-se freqüente em doutrina, aliás, o estabelecimento de nexos diretos entre nulidade e ineficácia, associando-se ao conceito de nulo a idéia de não-produção de efeitos”<sup>287</sup>.

Trata-se, contudo, de entendimento que, sem embargo do respeito devido àqueles que o sustentam, acreditamos ser passível de críticas. Isso porque, consoante anteriormente exposto, não se pode confundir o plano da validade com o da eficácia. O simples fato de um determinado ato não ser válido não significa não produza efeitos. Em verdade, nas palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier, “pode ocorrer que um ato nulo nunca venha a ser como tal decretado e que tenha, portanto, sido eficaz por toda a sua vida, embora carecendo de validade”<sup>288</sup>.

Os atos nulos, portanto, tendem a ser ineficazes, isto é, na observação de José Jairo Gomes, “a invalidade de um negócio pode levar a sua ineficácia”<sup>289</sup>, o

---

<sup>286</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. ver., atual. e ampl. de acordo com as Leis 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002 (Coleção estudos de direito de processo – Enrico Tullio Liebman – V. 16). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 142.

<sup>287</sup> Op. cit., p. 63.

<sup>288</sup> Op. cit., p. 142.

<sup>289</sup> GOMES, José Jairo. *Direito civil: introdução e parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 348.

que não significa, porém, dizer que da nulidade decorra automaticamente a não-produção de efeitos.

Isso porque, até ter a sua nulidade declarada o ato permanece no mundo jurídico, produzindo efeitos, como alerta Ramón Parada, que, ao discorrer acerca da validade do ato administrativo, afirma que “solo a partir de la declaración formal de ésta por la Administración o los Tribunales, el acto inválido deja de producir efectos, cediendo la presunción de validez”<sup>290</sup>. Ainda neste sentido, na doutrina nacional, precisas são as lições de Antonio Carlos Araújo Cintra, que assinala que, até ter a sua nulidade declarada, o ato permanece no mundo jurídico, produzindo efeitos, típicos e atípicos.

Tanto os atos administrativos válidos quanto os inválidos podem produzir efeitos. A distinção entre eles somente se põe quando suscetíveis de apreciação, por um órgão estatal competente, no que respeita a sua legalidade. Se dessa apreciação resulta sua manutenção no mundo jurídico (admitimos aqui a hipótese de decisão judicial com força de coisa julgada), são válidos. Se dela resulta sua eliminação, são inválidos.

Antes da anulação, afirmar-se que há ato administrativo inválido é mera questão de opinião. Isso não quer dizer, porém, que à ciência do direito não caiba indagar sobre a validade de um ato administrativo. Se o intérprete constata que: a) foi ele produzido por um órgão competente; b) existiu o pressuposto de fato correspondente à hipótese legal e houve correta subsunção daquele a esta; c) foram cumpridas as formalidades legais e d) o conteúdo corresponde a solução de aplicação contida na moldura legal, descreve-o como ato válido. Caso contrário, descreve-o como inválido. Emite, assim, uma opinião científica. De um ponto de vista jurídico, porém, não há atos inválidos, senão os assim qualificados por decisão judicial passada em julgado.

Há dois momentos distintos: o momento do conhecimento e o da produção normativa. O cientista do direito, conhecendo a realidade jurídica, pode descrever o ato como válido ou inválido, conforme ou desconforme com a ordem legal. Essa é exatamente sua função. Mas o ordenamento jurídico confere a um órgão especialmente

---

<sup>290</sup> PARADA, Ramón. *Derecho administrativo I: parte general*. 15. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 174.

qualificado a competência para decidir se um ato é válido ou não. Essa decisão tem força normativa<sup>291</sup>.

Assim, como anota Sílvio Venosa, mesmo os atos nulos, a despeito do que comumente se afirma, produzem efeitos.

Assim, a regra “o que é nulo não pode produzir qualquer efeito” (*quod nullum est nullum effectum producit*) deve ser entendida com o devido temperamento. Na maioria das vezes embora o ato seja tido como nulo pela lei, dele decorrem efeitos de ordem material<sup>292</sup>.

No tocante aos atos administrativos a solução não discrepa, especialmente porque, conforme assinala Héctor Jorge Escola, estes gozam de presunção de legitimidade. Assim, até que o vício verificado seja declarado, presume-se válido o ato.

Siendo aplicable a éstos la presunción de legitimidad que cubre, en principio a todos los actos administrativos, los particulares están obligados a su cumplimiento, sin perjuicio de que puedan atacarlos por los medios legalmente admitidos a ese fin; los funcionarios públicos tienen, a su vez, la obligación de ejecutarlos y hacerlos cumplir<sup>293</sup>.

Semelhante inteligência é externada ainda por Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramon Fernández, que, com o escopo de evidenciar que, mesmo nulo, o ato administrativo produz efeitos, destacam o atributo da auto-executoriedade. Assim, salientam os citados autores que, ainda que o ato seja inválido, a Administração poderá impor ao particular a sua observância.

---

<sup>291</sup> AMARAL, Antonio Carlos Cintra. Extinção do ato administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 61, apud AMARAL, Antonio Carlos Cintra. Validade e invalidade do ato administrativo. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 8, p. 11, nov. 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acessado em 15-11-2007.

<sup>292</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 531.

<sup>293</sup> ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de derecho administrativo*. V. I, reimpressão. Buenos Aires: Depalma, 1990, p. 534.

Los actos administrativos son, además, inmediatamente eficaces y la Administración puede, incluso, materializar esa eficacia imponiendo la validez, en el supuesto de que ésta haya sido cuestionada. Pues bien, ambos privilegios, aunque independientes de la validez o invalidez de los actos, no dejan de proyectar su influencia en el esquema de conceptos antes avanzado desde una perspectiva general. [...]

Tratándose de actos nulos de pleno derecho, la superposición de ambos dogmas sobre el contenido propio de la nulidad absoluta provoca importantes distorsiones en el esquema de conceptos generales. El juego de los mismo supone que el acto radicalmente nulo puede modificar la realidad jurídica como si fuera acto válido, ya que la Administración cuenta con medios para imponer en todo caso esa modificación en el terreno de los hechos. [...]

[...] La nulidad de pleno derecho del acto administrativo en nada afecta a la eficacia inmediata del acto como no sea para habilitar un acuerdo expreso de suspensión de la misma en vía de recurso<sup>294</sup>.

A hipótese não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, que, em determinadas situações, inclusive reconhece os efeitos produzidos pelo ato nulo. É o caso, por exemplo, do casamento nulo, mencionado pelo art. 1.561 do Código Civil, que dispõe que “embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória”.

Em verdade, com o advento da Lei n. 9.868/99, que, em seu art. 27, dispõe que “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”, passou-se a admitir que mesmo as normas inconstitucionais produzem efeitos.

---

<sup>294</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de, e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. Madrid: Civitas, 2005, p. 620-1, v. I.

Ora, como assinala Estêvão Mallet, “a inconstitucionalidade, como se sabe, traduz vício dos mais graves no âmbito do sistema jurídico”<sup>295</sup>. A despeito disto, porém, aceita-se a idéia de que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma tenha efeitos prospectivos, preservando-se, portanto, inclusive em respeito ao princípio da segurança jurídica, os efeitos que ela produziu até o momento em que foi retirada do ordenamento jurídico em virtude de declaração proferida pelo órgão competente para tanto<sup>296</sup>.

Logo, é inquestionável que o ato jurídico, mesmo quando nulo, produz efeitos.

Por conseguinte, ao se declarar a nulidade de um ato jurídico, como regra, busca-se não apenas evitar venha a produzir novos efeitos, mas também, retroativamente, suprimir os efeitos que ele já tenha produzido, fazendo com que os sujeitos atingidos pelo ato retornem à situação em que se encontravam anteriormente à edição daquele. Conforme assinala Washington de Barros Monteiro, “o reconhecimento da nulidade opera retroativamente, volvendo os interessados ao *statu quo ante*, como se o ato nunca tivesse existido”<sup>297</sup>.

Desse entendimento não se afasta Carlos Ari Sundfeld, que, ao discorrer sobre o ato administrativo inválido, assinala que:

---

<sup>295</sup> Op. cit., p. 66.

<sup>296</sup> Conforme assinala Carlos Roberto Siqueira Castro [SARMENTO, Daniel (Coord.). *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*, 2. tir., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 79-84], a possibilidade de a declaração de inconstitucionalidade gozar de efeitos prospectivos encontra-se prevista também nos mais diversos sistemas jurídicos. Nas palavras do citado autor, na Itália, a Constituição de 27 de dezembro de 1947, em seu art. 136, dispõe que “sempre que o Tribunal declare a inconstitucionalidade de uma norma de lei ou de um ato com força de lei, a norma deixa de ter eficácia desde o dia imediato ao da publicação da decisão”. No mesmo sentido, na França, dispõem os arts. 56 a 63, da Constituição da V República, promulgada em 4 de outubro de 1958. O art. 282, da Constituição de Portugal de 1976, com redação ditada pela Lei Constitucional n. 1, de 1982, admite, em situações predeterminadas, que o Tribunal Constitucional português atribua, à declaração de inconstitucionalidade, efeitos futuros. Também o art. 153, da Constituição da Turquia, de 7 de novembro de 1982, dispõe no mesmo sentido.

<sup>297</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 284-5.

Se um ato é declarado inválido, é necessário desconstituir os efeitos que produziu e retirar-lhe aptidão para produzi-los no futuro. Por isso, toda invalidação é também constitutiva, na medida em que não se cifra à mera declaração, mas desfaz os efeitos produzidos ou a aptidão do ato para produzi-los<sup>298</sup>.

Em algumas oportunidades, porém, o restabelecimento da situação anterior não se faz possível. Sempre que não couber o retorno ao estado anteriormente existente, surge a obrigação de indenizar pelo equivalente.

### **1.3. Efeitos da declaração da nulidade do ato de investidura**

Consoante exposto no item 1 do presente capítulo, o provimento de cargos e empregos públicos sem a antecedente realização de concurso público implica o reconhecimento da nulidade do vínculo mantido, com a conseqüente exclusão do servidor dos quadros do Estado.

A prévia aprovação em concurso público representa, portanto, solenidade substancial que não pode ser preterida no procedimento de investidura do servidor. Sem ela o ato de investidura é nulo, pelo que o liame mantido entre o servidor e o Estado deve ser rompido.

Ocorre que, como regra, quando a nulidade em questão é declarada o ato já produziu efeitos. Afinal, usualmente o vício na admissão do servidor somente é detectado quando este já entrou em exercício e se encontra prestando serviços há muito tempo, já tendo praticado diversos atos, empregando sua energia em favor da satisfação do interesse público.

Portanto, quando ocorre o rompimento do liame mantido entre o servidor e o Estado aquele já começou a realizar suas tarefas, isto é, já cumpriu

---

<sup>298</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Ato administrativo inválido* (Biblioteca estudos de direito administrativo; v. 18). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 23.

parte daquilo a que se havia obrigado em virtude do vínculo mantido. Assim, quando advém a declaração da nulidade, o servidor já despendeu sua força de trabalho em favor do Estado, ou seja, já empregou, em prol deste, sua energia e seu tempo, bens, especialmente nos dias atuais, extremamente valiosos.

Essa energia, esse tempo, essa força de trabalho, no entanto, não são restituíveis, isto é, não podem ser repostos. Não possui o Estado meios para devolver ao servidor o tempo que ele empregou em prol da satisfação do interesse público, não pode restituir-lhe a força de trabalho, a energia que aplicou.

Assim, em tais hipóteses o retorno à situação que existia antes da investidura do servidor não se mostra possível, não apenas por ser impossível restituir àquele o trabalho realizado, mas também porque, para isso, dever-se-ia, também, desfazer tudo aquilo que foi por ele feito, o que, por certo, não atenderia ao interesse público.

Deve-se, portanto, indenizar o servidor com valor equivalente a esse bem transferido definitivamente ao tomador de serviços, isto é, deve-se pagar àquele todas as verbas a que faria jus em virtude do trabalho empreendido, como, por exemplo, salários, férias, entre outras. Assim, mesmo sendo nulo o ato que promoveu a investidura do servidor no cargo ou emprego ocupado, fará ele jus aos direitos previstos em lei como contrapartida do labor realizado.

Pensar em sentido contrário seria punir o trabalhador pela incúria do administrador público que o admitiu sem a observância da norma impositiva da realização de concurso público, promovendo o enriquecimento sem causa da Administração<sup>299</sup>.

---

<sup>299</sup> Orlando Gomes afirma que “há enriquecimento ilícito quando alguém, a expensas de outrem, obtém vantagem patrimonial sem causa, isto é, sem que tal vantagem se funde em dispositivo de lei ou em negócio jurídico anterior” (*Obrigações*. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 250). É exatamente o que ocorreria acaso, havendo sido declarada a nulidade do ato por meio do

Além disso, trata-se de inteligência que se mostra incompatível com a Carta Magna brasileira, que, em seu art. 1º, aponta os valores sociais do trabalho entre os fundamentos sobre os quais se escora a República Federativa do Brasil.

Não fará jus o servidor, no entanto, aos valores que lhe seriam devidos na hipótese de rompimento do vínculo, acaso este fosse válido, já que o vício que atinge o vínculo faz com que este possua natureza precária. Nesse sentido alerta Estêvão Mallet que:

Excluem-se, todavia, da indenização equivalente, imposta pelo art. 182, do Código Civil, os direitos relacionados com a permanência do próprio contrato ou com a rescisão imotivada, por iniciativa do empregador. A possibilidade de extinção do vínculo, ainda que com efeito apenas prospectivo, é inerente à sua condição de nulo<sup>300</sup>.

---

qual se deu a investidura do servidor no cargo ou emprego, estivesse o Estado desobrigado re remunerar o labor empreendido por tal servidor. Afinal, em tal hipótese, auferiria os benefícios oriundos do labor do servidor, sem que, para tanto, precisa remunerar este servidor, ou seja, se locupletaria às custas da força de trabalho do servidor em questão.

<sup>300</sup> Op. cit., p. 75.

**CAPÍTULO VI****EXTINÇÃO DO VÍNCULO MANTIDO COM OS SERVIDORES ESTATUTÁRIOS X****EXTINÇÃO DO VÍNCULO MANTIDO COM OS SERVIDORES****SUBMETIDOS AO REGIME CELETISTA**

1. Direitos a que farão jus os servidores em virtude do rompimento do vínculo.
2. Competência para apreciar os conflitos entre os servidores estatais e a Administração.
3. Faltas que resultam na exclusão do servidor dos quadros do Estado. Semelhanças e diferenças

**1. DIREITOS A QUE FARÃO JUS OS SERVIDORES EM VIRTUDE DO ROMPIMENTO DO VÍNCULO**

Conforme assinala Sérgio Pinto Martins, “o empregador pode dispensar o empregado sem justa causa, cessando assim, o contrato de trabalho. Para tanto, porém, deverá pagar as reparações econômicas pertinentes”<sup>301</sup>.

No tocante aos servidores estatais submetidos ao regime previsto na CLT, conforme exposto anteriormente, esta liberdade, que incide amplamente no que se refere aos liames constituídos totalmente sob a égide do Direito Privado, resta mitigada pela necessidade de motivação do ato que ensejar o rompimento do vínculo empregatício. Isso não significa, porém, que tais servidores não se equiparem aos empregados das empresas privadas, no que diz respeito aos direitos a que farão jus na hipótese de rompimento do vínculo empregatício.

---

<sup>301</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 349.

Assim, o servidor submetido ao regime celetista que vier a ser dispensado sem justa causa, na forma do disposto nos arts. 7º, XXI, da Carta de 1988, e 487, da CLT, terá direito a receber aviso prévio, isto é, a ser informado, com antecedência<sup>302</sup>, a respeito da intenção de seu empregador romper o liame entre eles mantido. Da mesma forma, quando a iniciativa no sentido de extinguir o vínculo mantido partir do servidor, este deverá comunicar o seu empregador, também com a devida antecedência, acerca da sua intenção.

O aviso prévio, portanto, nas palavras de Octavio Bueno Magano, “é o prazo que deve preceder a rescisão unilateral do contrato de trabalho de termo final indeterminado e cuja não concessão gera a obrigação de indenizar”<sup>303</sup>. Do conceito transcrito extrai-se que a não-concessão do aviso prévio gera o dever de indenizar o período correspondente, ou seja, os 30 dias que deveriam ter transcorrido entre a comunicação da intenção de romper o vínculo e a concretização desta. Assim, o servidor que for dispensado sem receber aviso prévio fará jus a valor equivalente a uma remuneração sua.

O aviso prévio, conforme assinala Vólia Bonfim Cassar, no tocante ao empregado, tem como escopo assegurar a este “tempo para procurar nova colocação no mercado”<sup>304</sup>. Em virtude disto, prevê a CLT, em seu art. 488, que “o horário normal de trabalho do empregado, durante o prazo do aviso, e se a rescisão tiver sido promovida pelo empregador, será reduzido de duas horas diárias, sem prejuízo do salário integral”. Poderá o servidor, contudo, de acordo com o disposto

---

<sup>302</sup> O art. 487 da CLT estabelece que o prazo do aviso prévio deverá corresponder a 8 dias, se o empregado receber seu salário semanalmente ou em periodicidade inferior, ou 30, quando for remunerado quinzenal ou mensalmente. O art. 7º, XXI, da Constituição da República, no entanto, fixou que o prazo do aviso prévio será de, no mínimo, 30 dias.

<sup>303</sup> MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de direito do trabalho*, v. II: Direito individual do trabalho. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1992, p. 336.

<sup>304</sup> CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do trabalho*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Editora Impetus, 2008, p. 1043.

no parágrafo único do aludido artigo, ao invés de ter sua carga horária reduzida, optar por faltar ao serviço, sem prejuízo do salário integral.

Como regra, o aviso prévio só é devido nos contratos de prazo indeterminado, uma vez que, consoante esclarece Octavio Bueno Magano, “nos de prazo determinado, nenhuma das partes é colhida de surpresa, no que concerne ao seu termo final”<sup>305</sup>. O art. 481 da CLT, no entanto, esclarece que, nos contratos por prazo determinado, se houver cláusula assegurando o direito de rescisão antecipada, aplicam-se, caso seja exercido tal direito, as regras que tratam da rescisão do contrato por prazo indeterminado, sendo devido, portanto, o aviso prévio.

Fará jus, ainda, o servidor submetido ao regime celetista, de acordo com os arts. 3º, da Lei n. 4.090, de 1962, e 7º, VIII, da Constituição da República, ao pagamento da gratificação natalina proporcional ao número de meses<sup>306</sup> que tenha trabalhado no ano. Assim, por exemplo, o empregado que for dispensado no mês de maio fará jus a 5/12 do 13º salário<sup>307</sup> que perceberia se tivesse trabalhado ao longo de todo o ano. Em virtude do disposto no art. 4º da Lei n. 4.090/62, porém, somente fará jus à percepção do 13º salário proporcional o empregado que for dispensado sem justa causa.

---

<sup>305</sup> Op. cit., p. 336.

<sup>306</sup> Em razão do teor do § 2º, do art. 1º, da Lei n. 4.090/62, para fins de apuração do 13º salário, “a fração igual ou superior a 15 (quinze) dias de trabalho será havida como mês integral”.

<sup>307</sup> De acordo com o art. 7º, VIII, da Constituição da República, o 13º salário deve tomar por base a remuneração integral do empregado. Neste sentido, dispõe ainda o art. 1º, § 1º, da Lei n. 4.090/62, que a gratificação natalina “corresponderá a 1/12 avos da remuneração devida em dezembro, por mês de serviço, do ano correspondente”.

Da mesma forma, o servidor deverá<sup>308</sup> receber os valores concernentes às férias<sup>309</sup> vencidas, isto é, aquelas referentes aos períodos aquisitivos<sup>310</sup> que já tenham sido completados, que ainda não tenham sido gozadas, se existirem, bem como a quantia proporcional ao número de meses do período aquisitivo ainda não completado que já tenham sido laborados, ou seja, férias proporcionais. De acordo com o art. 7º, XVII, da Constituição, as férias, sejam elas vencidas ou proporcionais, deverão ser pagas com um acréscimo de, pelo menos, um terço<sup>311</sup>.

Com espeque no art. 147 da CLT, entendia-se que se o rompimento do vínculo empregatício ocorresse por justa causa, ou ainda por iniciativa do servidor, e aquele tivesse perdurado por menos de 12 meses, este não faria jus à percepção de férias proporcionais.

Este entendimento, porém, foi alterado, em face dos termos da Convenção n. 132, da OIT, aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro em 23 de setembro de 1981, por meio do Decreto Legislativo n. 47, e promulgada em 5 de outubro de 1999, por meio do Decreto Presidencial n. 3.197. Isso porque,

---

<sup>308</sup> Não terá direito a férias, no entanto, de acordo com o art. 133 da CLT, o empregado que, no curso do período aquisitivo, (a) deixar o emprego e não for readmitido dentro dos 60 dias subseqüentes à sua saída; (b) permanecer em gozo de licença, com a percepção de salário, por mais de 30 dias; (c) deixar de trabalhar, com a percepção do salário, por mais de 30 dias em virtude de paralisação parcial ou total dos serviços da empresa; e (d) tiver percebido da Previdência Social prestações de acidente de trabalho ou auxílio-doença por mais de 6 meses, embora descontínuos.

<sup>309</sup> O período de férias corresponderá a (a) 30 dias corridos, quando o servidor não houver faltado ao serviço mais de 5 vezes; (b) 24 dias corridos, quando houver tido de 6 a 14 faltas; (c) 18 dias corridos, quando houver tido de 15 a 23 faltas; e (d) 12 dias corridos, quando houver tido de 24 a 32 faltas, desde que reste observado o disposto no art. 131 da CLT, que elenca as hipóteses em que a ausência do servidor não será considerada como falta.

<sup>310</sup> Na forma do disposto no art. 130 da CLT, cada período de 12 meses de vigência do contrato de trabalho do empregado corresponderá a um período aquisitivo.

<sup>311</sup> Inicialmente questionou-se se o abono previsto no art. 7º, XVII, da Constituição da República seria aplicável também às férias indenizadas, ou apenas àquelas que fossem gozadas pelo empregado. O TST, contudo, elucidou a questão ao editar a Súmula 328, que dispõe que “o pagamento das férias, integrais ou proporcionais, gozadas ou não, na vigência da CF/1988, sujeita-se ao acréscimo do terço previsto no respectivo art. 7º, XVII”.

contrariando a inteligência até então albergada, o art. 11, da aludida Convenção, dispõe expressamente:

Toda pessoa empregada que tenha completado o período mínimo de serviço que pode ser exigido de acordo com o parágrafo 1º do Artigo 5º da presente Convenção deverá ter direito em caso de cessação da relação empregatícia, ou a um período de férias remuneradas proporcional à duração do período de serviço pelo qual ela não gozou ainda de tais férias, ou a uma indenização compensatória, ou a um crédito de férias equivalente.

O dispositivo em questão omitiu-se acerca dos motivos da rescisão do contrato de trabalho, deixando claro não ser este fator determinante para o empregado não fazer jus às férias proporcionais. A norma em comento evidencia que a cessação da relação de emprego gera o direito à remuneração correspondente ao período incompleto de férias, independentemente de qual tenha sido o motivo causador desta.

Desvinculou-se, portanto, a percepção das férias proporcionais do motivo do rompimento do vínculo empregatício, estando esta condicionada unicamente ao cumprimento de determinado período mínimo de serviço, que, de acordo com os termos do art. 5.2, da Convenção invocada, nunca poderá ultrapassar seis meses:

2. Cabe à autoridade competente e ao órgão apropriado do país interessado fixar a duração mínima de tal período de serviço, que não deverá em caso algum ultrapassar 6 (seis) meses.

Assim, a partir da Convenção n. 132, da OIT, passou-se a entender que mesmo o servidor que é dispensado por justa causa ou pede demissão antes que o vínculo empregatício complete 12 meses de vigência, fará jus à percepção de férias proporcionais, desde que tenha cumprido um período de seis meses.

Ao analisar a questão, o TST, em que pese tenha permanecido silente no tocante à hipótese de dispensa por justa causa, que permanece controvertida, manifestou-se no que diz respeito ao pedido de demissão do empregado cujo vínculo empregatício tenha perdurado por período inferior a 6 meses, alterando a redação dada à Súmula 261, que passou a dispor que “o empregado que se demite antes de completar 12 (doze) meses de serviço tem direito a férias proporcionais”.

Além dos direitos acima mencionados, o servidor, em virtude do rompimento do liame empregatício, deverá perceber também o saldo salarial, isto é, a remuneração correspondente aos dias em que houver trabalhado no mês em que se deu o rompimento do vínculo.

Ademais, havendo sido dispensado sem justa causa, poderá o servidor, na forma do disposto no art. 20, I, da Lei n. 8.036, de 1990, movimentar a sua conta vinculada no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, sacando os valores nela depositados. Além disso, de acordo com o art. 18, § 1º, do aludido diploma, deverá o empregador depositar “na conta vinculada do trabalhador no FGTS, importância igual a quarenta por cento do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros”, quantia que também poderá ser retirada pelo servidor.

Assim, se dispensado sem justa causa, o servidor submetido ao regime celetista fará jus ao aviso prévio, às férias vencidas, se houver, e proporcionais, ao 13º salário proporcional, ao saldo salarial, à multa de 40% do FGTS e ao levantamento dos valores depositados em seu nome junto ao FGTS. Se, porém, a dispensa fundar-se em justa causa praticada pelo servidor, ele perderá o direito à

percepção do aviso prévio, do 13º salário proporcional, ao levantamento dos valores depositados em seu nome junto ao FGTS e à multa de 40% deste.

No que se refere aos servidores submetidos ao regime estatutário, contudo, a situação mostra-se distinta. Isso porque, em virtude do disposto no sistema jurídico, nem todos os direitos acima mencionados são extensíveis a estes.

Com efeito, em face do disposto no art. 39, § 3º, da Constituição da República, “aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX”.

Assim, em razão da extinção do vínculo que mantêm com o Estado, farão jus os servidores estatutários à percepção do 13º salário proporcional ao número de meses que tiverem trabalhado no ano, às férias vencidas, se houver, e às férias proporcionais ao número de meses que tiverem trabalhado no período aquisitivo.

Acreditamos, porém, que, na hipótese de haver sido o servidor demitido, isto é, se porventura sua exclusão dos quadros do Estado tenha por fundamento a prática de alguma das condutas descritas no art. 132 da Lei n. 8.112/90, perderá ele, em razão do disposto no art. 3º da Lei n. 4.090/62, o direito à percepção do 13º salário proporcional.

Não terá direito o servidor, no entanto, ao aviso prévio, garantido pelo art. 7º, XXI, da Carta Magna, na medida em que o art. 39, § 3º, da Constituição, não prevê a aplicação do preceito normativo em questão aos servidores estatutários.

Da mesma forma, no tocante aos servidores estatutários não haverá como se falar em pagamento da multa de 40% do FGTS, tampouco em levantamento de valores. Isso porque o § 2º do art. 15 da Lei n. 8.036/90 exclui do

regime do FGTS “os servidores públicos civis e militares sujeitos a regime jurídico próprio”.

Em contrapartida, os servidores estatutários estáveis que forem exonerados, na forma do art. 169, § 4º, da *Lex Legum*, e da Lei n. 9.801/99, farão jus ainda a uma indenização equivalente a um mês de remuneração por ano de serviço.

Dessa forma, como se depreende do exposto no presente item, os servidores estatutários e aqueles submetidos ao regime celetista, assim como se assemelham, também se diferenciam, no que diz respeito aos direitos a que farão jus em virtude do rompimento do vínculo que mantêm com o Estado.

## **2. COMPETÊNCIA PARA APRECIAR OS CONFLITOS ENTRE SERVIDORES ESTATAIS E O ESTADO**

A Constituição de 1934, em seu art. 122, ao instituir a Justiça do Trabalho, atribuía a esta a competência para “dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social”.

Nesse mesmo sentido versava a Carta Magna de 1937, em seu art. 139, que estabelecia que competia à Justiça do Trabalho “dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social”.

A Constituição de 1946, por sua vez, em seu art. 123, estabelecia que a Justiça do Trabalho tinha competência para “conciliar e julgar os dissídios

individuais e coletivos entre empregados e empregadores, e, as demais controvérsias oriundas de relações, do trabalho regidas por legislação especial”.

Mantendo a redação da Carta de 1946, dispunha a Constituição de 1967, em seu art. 134, que competia à Justiça do Trabalho “conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores e as demais controvérsias oriundas de relações de trabalho regidas por lei especial”.

A Emenda Constitucional n. 1, de 1969, manteve os limites gerais impostos à competência da Justiça do Trabalho pelo art. 134 da Carta de 1946, dispondo, em seu art. 142, competir àquela “conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores e, mediante lei, outras controvérsias oriundas de relação de trabalho”. Estabeleceu, contudo, exceção, ao dispor, em seu art. 110, que “os litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, inclusive as autarquias e as empresas públicas federais, qualquer que seja o seu regime jurídico, processar-se-ão e julgar-se-ão perante os juízes federais”.

A *Lex Legum* de 1988, em seu art. 114, originalmente atribuía à Justiça do Trabalho a competência para “conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas”.

Assim, a Constituição de 1988 ampliou a competência da Justiça do Trabalho, eliminando a exceção contida no art. 110 da EC n. 1, ao estabelecer que também os conflitos entre trabalhadores e os entes de direito público externo e a

administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União deveriam ser submetidos àquela.

Questionava-se, porém, se o vocábulo “trabalhadores”, contido no preceito normativo em questão, abrangeria também os servidores submetidos ao regime estatutário. Analisando o dispositivo ora em destaque, a jurisprudência pacificou o entendimento no sentido de que os litígios que envolvessem os servidores submetidos ao regime estatutário escapariam da competência da Justiça do Trabalho.

Confirmando tal inteligência o STJ editou a Súmula n. 97, que preconiza que “compete à Justiça do Trabalho processar e julgar reclamação de servidor público relativamente a vantagens trabalhistas anteriores à instituição do regime jurídico único”, e a Súmula 137, que diz que “compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar ação de servidor público municipal, pleiteando direitos relativos ao vínculo estatutário”. Os verbetes em questão deixam patente a pacificação, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, do entendimento no sentido de que à Justiça Comum competia apreciar as demandas envolvendo os servidores estatutários.

Idêntico entendimento foi adotado pelo STF, que declarou, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 492-1, relatada pelo Ministro Carlos Mário Velloso (*DJU*, 16-11-1992, p. 21038), a inconstitucionalidade das alíneas “d” e “e”, do art. 240, da Lei n. 8.112/90, que previam que os servidores públicos civis teriam direito à negociação coletiva e ao ajuizamento de ações individuais ou coletivas perante a Justiça do Trabalho<sup>312</sup>. A declaração proferida teve por base o entendimento, que já vinha sendo adotado no âmbito da Suprema Corte, de que o

---

<sup>312</sup> As alíneas *d* e *e* do art. 240 da Lei n. 8.112/90 foram posteriormente revogadas pela Lei 9.527/98.

termo “trabalhador”, contido na redação original do art. 114, não abrangeria o servidor estatutário.

No âmbito doutrinário, José Afonso da Silva, analisando o art. 114 da Constituição da República, afirmava que o preceito normativo em questão abrangia apenas “os dissídios sujeitos às leis do trabalho, e jamais os regidos pelos estatutos do funcionalismo daquelas entidades públicas”<sup>313</sup>. Confirmando este entendimento, Sérgio Pinto Martins asseverava que “não se pode entender que o constituinte tivesse o intuito de englobar o funcionário público com as expressões trabalhadores e relação de trabalho contidas no art. 114 da Constituição”<sup>314</sup>, afirmando ainda que “se há vínculo estatutário não há empregador nem empregado, mas relação entre servidor público e a administração pública”<sup>315</sup>.

Quando a questão parecia estar pacificada, a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, alterou a redação do art. 114, da Constituição da República, reavivando a discussão acerca da extensão da competência atribuída à Justiça do Trabalho.

Com o advento da citada emenda, o art. 114 da Carta Magna passou a delimitar a competência atribuída à Justiça do Trabalho em diversos incisos, dispondo, em seu inciso I, competir a esta processar e julgar “as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Em virtude da alteração constitucional promovida, passou-se a sustentar, no âmbito doutrinário, que a competência da Justiça do Trabalho teria sido ampliada, de maneira que a esta competiria apreciar também os conflitos entre

---

<sup>313</sup> *Curso de direito constitucional positivo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 490.

<sup>314</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 120.

<sup>315</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 121.

o Estado e os servidores submetidos ao regime estatutário. Nesse sentido manifestou-se Sérgio Pinto Martins, destacando a amplitude da expressão “relação de trabalho”.

O inciso I do art. 114 do Estatuto Supremo não faz mais referência a relação entre trabalhador e empregador, mas apenas em relação de trabalho.

Relação de trabalho é gênero, que envolve a espécie relação de emprego, mas compreende a relação do funcionário público, que tem relação de trabalho com a Administração Pública.

A interpretação histórica do inciso I do art. 114 da Constituição mostra que havia exceção no dispositivo, aprovada no Senado Federal. O dispositivo promulgado e publicado no Diário Oficial não fez exceção em relação ao funcionário público e às pessoas que exercem cargo em comissão. Logo, a Justiça do Trabalho tem competência para examinar as questões dessas pessoas.

A interpretação sistemática do preceito constitucional mostra que não se faz mais menção a empregador no inciso I do art. 114 da Lei Maior, mas apenas a relação de trabalho. Esta expressão também é prevista nos incisos VI, VII e IX do art. 114 da Lei Magna.

É claro o inciso I do art. 114 da Lei Maior em abranger as relações de trabalho em que são parte “a administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. Não fazendo referência a empregador, significa que os funcionários públicos da União, Estados, Distrito Federal e municípios terão direito de ação na Justiça do Trabalho<sup>316</sup>.

Semelhante inteligência foi albergada por João Oreste Dalazen<sup>317</sup>:

Penso que a alusão a dissídios decorrentes de “relação de trabalho” com ente público é indicativa de que se transferiram para a órbita da Justiça do Trabalho todos os dissídios de servidor público, qualquer que seja o regime jurídico: “celetista”, ou estatutário. A meu juízo, abarca dita competência, inclusive, a lide entre ente público e servidor contratado por tempo determinado, sob a égide do art. 37,

<sup>316</sup> Competência da justiça do trabalho para julgar questões de funcionários públicos. In *Repertório de Jurisprudência IOB*, n. 3, v. II, p. 82, 1ª quinzena fev. 2005.

<sup>317</sup> Neste sentido manifestam-se ainda José Augusto Rodrigues Pinto (A Emenda Constitucional n. 45/2004 e a justiça do trabalho: reflexos, inovações e impactos. *Revista LTr*, São Paulo, n. 5, ano 69, p. 530, maio 2005), Bolívar Viégas Peixoto (A competência da justiça do trabalho à luz da emenda à Constituição n. 45, de 2004. *Revista LTr*, São Paulo, n. 7, ano 69, p. 24, jul. 2005) e Mauro Schiavi (O alcance da expressão “relação de trabalho” e a competência da justiça do trabalho um ano após a promulgação da EC n. 45/04. *Revista LTr*, São Paulo, n. 2, ano 70, p. 215 e 218, fev. 2006), entre outros.

inciso IX da CF/88, “para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”<sup>318</sup>.

Com o escopo de corroborar sua opinião e afastar eventual tentativa de identificar a expressão “relação de trabalho” com “relação de emprego”, salientou o Ministro Dalazen, dando ênfase à interpretação histórica, que “ao longo da tramitação da PEC no Congresso Nacional foram rejeitadas as emendas apresentadas para substituir a locução ‘relação de trabalho’ por relação de emprego”<sup>319</sup>.

Esta opinião, no entanto, não foi acolhida pelo STF. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.395, proposta pela Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE, o Ministro Nelson Jobim, em 1º-2-2005, deferiu a liminar postulada, dando “interpretação conforme ao inc. I do art. 114 da CF, na redação da EC n. 45/04. Suspendo, *ad referendum*, toda e qualquer interpretação dada ao inc. I do art. 114 da CF, na redação dada pela EC 45/04, que incluía, na competência da Justiça do Trabalho, a ‘... apreciação ... de causas que ... sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem...’ ”. A liminar deferida foi referendada pelo Pleno em 5-4-2006, tendo sido vencido o Ministro Marco Aurélio.

No julgamento da questão, ao fundamentar o entendimento adotado, o relator, Ministro Cezar Peluso, destacou que o art. 114, em sua redação original, já fazia referência a “relação de trabalho”, e que, ao apreciar o preceito normativo em questão, a Suprema Corte já havia decidido que “a expressão ‘relação de trabalho’

---

<sup>318</sup> DALAZEN, João Oreste. A reforma do judiciário e os novos marcos da competência material da justiça do trabalho no Brasil. *Revista LTr*, São Paulo, n. 3, ano 69, p. 267, mar. 2005.

<sup>319</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 267.

não autorizava a inclusão, na competência da Justiça trabalhista, dos litígios relativos aos servidores públicos”.

Ressaltou ainda o relator, invocando a decisão liminar exarada pelo Ministro Nelson Jobim, que o texto aprovado pelo Senado Federal excepcionava da competência da Justiça do Trabalho as ações promovidas por “servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas”, salientando que o acréscimo feito pelo Senado apenas explicitou entendimento que já prevalecia no âmbito jurisprudencial.

Com base em tais premissas, declarou-se que “o disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária”.

Desse modo, prevalece hoje na jurisprudência o entendimento preconizado pelo STF. Tanto assim que o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, recentemente, ao julgar lide na qual se discutia a competência da Justiça do Trabalho para apreciar demandas promovidas por servidores submetidos ao regime estatutário, declarou:

SERVIDOR PÚBLICO REGIDO PELO DIREITO ADMINISTRATIVO  
– EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004 - INCOMPETÊNCIA  
ABSOLUTA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – LIMINAR CONCEDIDA  
PELO E. STF COM EFEITOS *EX TUNC*

Tratando-se de servidor público regido pelo Direito Administrativo, resta afastada a competência material da Justiça do Trabalho, mesmo após a edição da Emenda Constitucional n. 45/2004. Questão já solucionada pelo E. STF, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.395, no bojo da qual foi concedida medida liminar com efeito *ex tunc*, alcançando a norma contida no artigo 114, inciso I, da Constituição Federal, desde a sua edição.

[...]

M É R I T O

Insurge-se o espólio recorrente contra a r. sentença de fls. 45/46, que extinguiu o presente feito, sem resolução de mérito, na forma do

artigo 267, inciso IV, do CPC, tendo em vista a incompetência absoluta desta Justiça Especializada, para processar e julgar o presente feito.

Sem razão, entretanto.

Como se vê da narrativa da exordial, tratava-se o *de cujus* de servidor público municipal, detentor de cargo efetivo, jungido ao Município de Santana de Parnaíba com relação jurídica regida pelas disposições da Lei n. 1809/2003, como bem assinalado pelo r. Parecer de fl. 62. Nesse contexto, é forçoso concluir-se que se tratava de relação jurídica de caráter administrativo, e não de contrato de trabalho ou de emprego. Em razão disso, correta a r. sentença recorrida, que concluiu pela incompetência absoluta desta Justiça Especializada, para conhecer e julgar a presente demanda.

Como já apontado na r. sentença recorrida, e no r. Parecer do ilustre representante do Ministério Público do Trabalho, à fl. 61, foi proferida liminar pelo E. STF, em 27/01/2005, com efeito *ex tunc*, pelo Exmo. Sr. Ministro Nelson Jobim, nos autos da ADIn n. 3.395, que teve como relator o Exmo. Sr. Ministro Cezar Peluzo. O teor dessa liminar encontra-se transcrito à fl. 61, restando claro que a mais alta Corte do Judiciário entendeu que a Emenda Constitucional n. 45/2004 não estendeu a competência da Justiça do Trabalho para analisar questões relativas a servidores públicos regidos pelo Direito Administrativo, questões essas que não se confundem com contratos de trabalho regidos pela CLT.

Note-se que a liminar foi concedida expressamente com efeitos *ex tunc*, alcançando a norma contida no artigo 114, inciso I, da Constituição Federal desde a edição da Emenda Constitucional n. 45/2004, cuja interpretação conforme a Constituição é aquela constante do parágrafo anterior, com efeito vinculante, estando correta, portanto, a r. sentença recorrida.

Mantenho. [...] (TRT 2ª Região; RO 03286.2005.421.02.00-0; 4ª Turma; Acórdão n. 20070960628; Relator: Desembargador Paulo Augusto Câmara; julg. 06-11-2007; *in* D.O.E. 23-11-2007).

No tocante aos servidores temporários, contratados nos termos do art. 37, IX, da Constituição da República, inicialmente, entendia a jurisprudência que, existindo regime estatutário para os servidores permanentes, o regime dos servidores temporários não poderia ser o celetista, pelo que, nessa hipótese, eventual demanda proposta pelo servidor em questão deveria ser apreciada pela Justiça Comum, não pela Justiça do Trabalho. Nesse sentido apontavam a Súmula n. 123, do TST, e as OJ's n. 205 e 263, da SDI-1, também do TST.

Em 3-9-2004, porém, o TST, ao julgar o Recurso de revista n. 23.988/2002-006-11-00.3, cancelou a OJ n. 263, da SDI-1, que restringia a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a relação jurídica que se estabelece entre Estado ou Município e o servidor contratado para exercer funções temporárias ou de natureza técnica, decorrente de lei especial. Passou o TST, desta forma, a admitir que, quando as atividades a serem desenvolvidas pelo servidor, a despeito de fundada a contratação no art. 37, IX, da Carta Magna, não forem transitórias, isto é, naquelas hipóteses em que a exceção prevista no aludido dispositivo for aplicada indevidamente, a competência para apreciar a demanda proposta por tal servidor será da Justiça do Trabalho, não da Justiça Comum.

A mudança de posicionamento, em verdade, refletiu o entendimento que já estava sendo adotado no âmbito do STF, que vinha decidindo que a competência material da Justiça do Trabalho, no caso de contratação temporária de servidor, deveria ser estabelecida em função da causa de pedir e do pedido<sup>320</sup>.

O entendimento do STF conduziu ainda a uma alteração na OJ n. 205, da SDI-1, do TST, que passou a contar com a seguinte redação:

205. COMPETÊNCIA MATERIAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. ENTE PÚBLICO. CONTRATAÇÃO IRREGULAR. REGIME ESPECIAL. DESVIRTUAMENTO. (nova redação, DJ 20.04.05).

I - Inscreve-se na competência material da Justiça do Trabalho dirimir dissídio individual entre trabalhador e ente público se há controvérsia acerca do vínculo empregatício.

II - A simples presença de lei que disciplina a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional

---

<sup>320</sup> Este é o entendimento que emerge, por exemplo, da decisão monocrática proferida em face do Conflito de Competência de n. 7.165, publicada em 22-9-2004, na qual o Ministro Eros Grau, ao apreciar a reclamação proposta “por professoras contratadas sob regime diverso do celetista – denominado ‘Designação Temporária’ – na qual se pleiteia o reconhecimento de vínculo empregatício e o recebimento de verbas trabalhistas”, afirma que “a competência em razão da matéria é definida a partir do pedido e da causa de pedir deduzidos na ação”. Nesse sentido apontam ainda as decisões proferidas no AGRAG 195.633, pelo Ministro Néri da Silveira, publicada no *DJU* de 22-5-1998, no RE 142.008, pelo Ministro Ilmar Galvão, publicada no *DJU* de 9-6-1995, e no RE 212.118, pelo Ministro Marco Aurélio, publicada no *DJU* de 20-4-2001, entre outras.

interesse público (art. 37, inciso IX, da CF/1988) não é o bastante para deslocar a competência da Justiça do Trabalho se se alega desvirtuamento em tal contratação, mediante a prestação de serviços à Administração para atendimento de necessidade permanente e não para acudir a situação transitória e emergencial.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, a questão parecia caminhar para uma solução. Afinal, a relação mantida entre tais servidores e o Estado, por certo, subsume-se ao conceito de “relação de trabalho”, pelo que à Justiça do Trabalho, ante a nova redação dada ao art. 114 da Carta Magna, competiria apreciar os litígios dela decorrentes. Até porque, no tocante a tal relação, sequer poder-se-ia invocar a ressalva feita pelo Senado Federal, não incluída no texto da emenda em questão que foi promulgado, que excluía da competência da Justiça do Trabalho as ações promovidas por “servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas”.

Este, contudo, não tem sido o entendimento adotado pelo STF, consoante se depreende da decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie, ao apreciar pedido de liminar formulado na Reclamação tombada sob o n. 4.472. Com efeito, trata-se de reclamação ajuizada pelo Estado do Amazonas contra acórdão proferido pelo STJ, no Conflito de Competência n. 60.836, que declarava a 12ª Vara do Trabalho de Manaus competente para processar e julgar reclamação promovida por servidor admitido nos quadros do município, mediante contrato temporário, na função de dentista de 2ª classe. Alegava o Estado do Amazonas, em sua exordial, que, ao conhecer do conflito de competência, teria o STJ usurpado a competência do STF para julgar o conflito que se instaurou entre o TST e o Juiz de Direito, bem como que a decisão proferida afrontava a autoridade da decisão proferida na ADI n. 3.395, que suspendeu qualquer interpretação do art. 114, I, da *Lex Legum*, com

redação dada pela EC n. 45/2004, que incluísse na competência da Justiça do Trabalho a apreciação de causas instauradas entre o Poder Público e os seus servidores, com base em vínculo de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo. Ao apreciar a questão, a Ministra Ellen Gracie concedeu a liminar perseguida pelo Estado do Amazonas, afirmando que entendia “presente, num primeiro exame, o confronto entre a decisão proferida nos autos do Conflito de Competência 60.836 e a decisão proferida na ADI 3.395”.

### **3. FALTAS QUE RESULTAM NA EXCLUSÃO DO SERVIDOR DOS QUADROS DO ESTADO. SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS**

Analisando-se as faltas que ensejam a exclusão do servidor dos quadros do Estado verifica-se que, a despeito de serem apontados como realidades diametralmente opostas, os regimes estatutário e celetista, em alguns pontos, mostram-se muito semelhantes.

Como visto, em virtude do disposto no art. 482, *a*, da CLT, a prática de atos de improbidade resulta na dispensa por justa causa do servidor submetido ao regime celetista. O mesmo ocorre no tocante aos servidores submetidos ao regime estatutário, em razão do contido no art. 132, V, da Lei n. 8.112/90. Portanto, a inobservância do dever de probidade, independentemente do regime jurídico a que esteja submetido o servidor, justifica a sua exclusão dos quadros do Estado.

Também se identificam os regimes estatutário e celetista no tocante à extinção do vínculo mantido com o servidor em virtude da “incontinência de

conduta”. Isso porque, assim como a CLT, em seu art. 482, *b*, aponta como justificativa para o rompimento do vínculo empregatício a incontinência de conduta, também a Lei n. 8.112/90 preconiza, em seu art. 132, V, que deve ser apenado com a demissão o servidor que praticar “incontinência pública”.

Os preceitos normativos analisados distinguem-se, no entanto, na medida em que, enquanto o art. 482, *b*, da CLT prevê ainda o “mau procedimento” como prática capaz de ensejar a dispensa por justa causa, o art. 132, V, da Lei n. 8.112/90 faz menção à “conduta escandalosa na repartição”. Trata-se, porém, de hipóteses que, em última análise, dizem respeito a semelhantes situações, quais sejam, aquelas em que o servidor, por não observar as regras de convivência social, os padrões de normalidade, termina por constranger os demais, afetando a harmonia do ambiente de trabalho.

Os regimes estatutário e celetista se aproximam também em virtude das disposições contidas nos arts. 482, *i*, da CLT, e 132, II, da Lei n. 8.112/90. Isso porque, ambos os regimes prevêem, por meio dos aludidos preceitos normativos, a extinção do vínculo mantido entre o Estado e o servidor, quando este se ausenta de suas atividades, intencionalmente, abandonando o cargo ou emprego do qual é titular. Diferenciam-se, porém, na medida em que, enquanto a CLT não estipula o período de ausência que deve ocorrer para que se possa configurar o abandono de emprego, confiando ao Poder Judiciário a tarefa de analisar o caso concreto e definir se houve ou não o abandono<sup>321</sup>, a Lei n. 8.112/90, em seu art. 138, expressamente estipula como sendo de trinta dias o prazo necessário para que se possa considerar que houve o abandono do cargo.

---

<sup>321</sup> Conforme exposto no item 5.9 do Capítulo IV do presente trabalho, consolidou-se no âmbito jurisprudencial entendimento, refletido pela Súmula 32 do Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de que, como regra, para que se possa falar em abandono de emprego, o afastamento do empregado de suas atividades deve ser por prazo superior a trinta dias, prazo que coincide com aquele previsto no art. 138 da Lei n. 8.112/90.

Outra semelhança que se verifica entre a Lei n. 8.112/90 e a CLT diz respeito à punição do servidor que pratica ato de insubordinação com a extinção do vínculo por ele mantido com o Estado, prevista em ambos os diplomas, respectivamente, nos arts. 132, VI, e 482, *h*. Os preceitos normativos em questão, contudo, distinguem-se em razão de a CLT fazer referência a duas hipóteses, quais sejam, a prática de atos de indisciplina e de insubordinação, enquanto a Lei 8.112/90 faz menção a apenas uma, a prática de atos de insubordinação.

Também a falta prevista no art. 132, VII, da Lei n. 8.112/90 se assemelha àquelas previstas na CLT. Com efeito, o preceito normativo em questão estatui que deve ser apenado com a demissão o servidor que praticar “ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem”. Trata-se de hipótese que se identifica com parte daquelas previstas nos incisos *j* e *k* do art. 482 da CLT. Estas, porém, mostram-se um pouco mais abrangentes, na medida em que abarcam também a prática de atos lesivos à honra ou boa fama, sejam eles praticados contra os superiores hierárquicos do servidor, como prevê a alínea *k*, sejam cometidos contra outros servidores ou terceiros, no ambiente de trabalho, como preconiza a alínea *j*.

Da mesma forma, a infração contida no art. 117, XV, da Lei n. 8.112/90 encontra seu par na CLT, mais precisamente no art. 482, *e*, do aludido diploma, que prevê a dispensa por justa causa do empregado que, no desempenho de suas atividades, atuar de forma desidiosa.

O art. 482, *f*, da CLT, por sua vez, ao prever como hipótese que justifica o rompimento do vínculo empregatício a violação, pelo empregado, de segredo da empresa, também encontra equivalente na Lei n. 8.112/90, que no inciso

IX, do art. 132, aponta como conduta capaz de ensejar a demissão do servidor a “revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo”.

Algumas hipóteses, no entanto, dizem respeito apenas aos servidores submetidos ao regime celetista, ao contrário do que ocorre no tocante àquelas acima descritas. É o caso da “prática constante de jogos de azar” (art. 482, *l*, da CLT); da “*embriaguez habitual ou em serviço*” (art. 482, *f*, da CLT); da “negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador” (art. 482, *c*, da CLT); e da “condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena” (art. 482, *d*, da CLT), condutas capazes de ensejar a dispensa por justa causa dos servidores submetidos ao regime celetista, mas que não ensejam punição se o servidor estiver submetido ao regime estatutário.

Da mesma forma, outras condutas dizem respeito unicamente aos servidores submetidos ao regime estatutário. É o que ocorre no que se refere à prática de “crime contra a Administração” (art. 132, *I*, da Lei 8.112/90); à “aplicação irregular de dinheiros públicos” (art. 132, *VIII*, da Lei 8.112/90); à “lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional” (art. 132, *X*, da Lei 8.112/90); ao cometimento de atos de corrupção (art. 132, *XI*, da Lei 8.112/90); à inassiduidade habitual (art. 132, *III*, da Lei 8.112/90); ao aproveitamento do cargo pelo servidor “para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública” (art. 117, *IX*, da Lei 8.112/90); à participação na gerência ou administração de sociedade privada, salvo a participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros, e ao exercício do comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário (art. 117, *X*, da Lei 8.112/90); à atuação “como

procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro” (art. 117, XI, da Lei 8.112/90); à percepção de “propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições” (art. 117, XII, da Lei 8.112/90); à aceitação de comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro (art. 117, XIII, da Lei 8.112/90); à prática de usura sob qualquer de suas formas (art. 117, XIV, da Lei 8.112/90); e à utilização de pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares (art. 117, XVI, da Lei 8.112/90).

Tais faltas, em que pese tenham sido previstas pelo ordenamento jurídico como capazes de justificar a demissão do servidor submetido ao regime estatutário, não ensejam a dispensa por justa causa do servidor submetido ao regime celetista, dada a diversidade de regimes. Não pode o Estado, por analogia, ampliar o rol de faltas taxativamente previstas na CLT, já que, conforme anota Carlos Maximiliano, as normas punitivas devem ser interpretadas de maneira estrita<sup>322</sup>.

Isso não significa, porém, que tais condutas não possam ser adotadas como fundamento para que o Estado promova a dispensa sem justa causa do servidor submetido ao regime celetista.

Afinal, conforme mencionamos no Capítulo IV do presente trabalho, os servidores submetidos ao regime celetista podem ser dispensados, independentemente da prática de eventual conduta faltosa prevista no ordenamento, desde que esta dispensa se mostre necessária à satisfação do interesse público.

---

<sup>322</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 205.

Ocorre que as condutas descritas pelo art. 132 da Lei n. 8.112/90 como capazes de ensejar a demissão do servidor estatutário mostram-se extremamente graves, suficientes mesmo para causar prejuízos ao Estado e, conseqüentemente, a violação do interesse público. Em verdade, trata-se de práticas que, uma vez implementadas, fazem com que a exclusão do servidor dos quadros do Estado passe a representar providência fundamental para a satisfação do interesse público. Isso porque, por certo, mostra-se contrária ao interesse público a manutenção, nos quadros do Estado, de servidor que lhe causou severos prejuízos.

Dessa forma, tendo o servidor praticado alguma das condutas em questão, deverá o Estado dispensá-lo sem justa causa, na medida em que tal providência afigura-se fundamental para a satisfação do interesse público.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conforme visto ao longo do presente trabalho, para atingir os objetivos que lhe foram confiados, isto é, para alcançar a satisfação do interesse público, o Estado se vale dos agentes públicos, que são cidadãos que agem em seu nome, expressando a sua vontade, ainda que em caráter temporário.

Os agentes públicos poderão estar ou não vinculados ao Estado. Aqueles que se subsumem à primeira hipótese podem entreter com este liame de natureza política, é o caso dos agentes políticos, ou de natureza profissional e caráter não eventual, situação em que se encontram os servidores estatais.

Dentro do gênero “servidores estatais”, porém, se abrigam diferentes espécies de servidores, que se sujeitam regimes jurídicos distintos. Assim, conforme sejam titulares de cargos ou empregos públicos, estarão os servidores estatais submetidos, respectivamente, aos regimes estatutário e celetista.

Esses regimes diferem entre si não apenas no que diz respeito aos direitos e deveres que prevêm, mas também no tocante a aspectos formais relacionados, por exemplo, ao surgimento do liame e à possibilidade de sofrerem alterações durante a vigência do vínculo mantido entre as partes.

Isso porque, enquanto no regime celetista o surgimento do liame entre o Estado e o servidor ocorre em virtude de um acordo de vontades, por meio do qual são estipulados os direitos e deveres de cada uma das partes, que não podem ser alterados unilateralmente de maneira prejudicial ao servidor, no regime estatutário este adere à vontade do Estado, submetendo-se um regime previamente estabelecido, que pode ser alterado unilateralmente pelo próprio Estado.

Mas não é só. Essa dualidade de regimes resulta ainda no surgimento de uma diversidade de hipóteses em que o rompimento do vínculo mantido com o Estado se faz possível. Algumas dizem respeito apenas aos servidores submetidos ao regime estatutário, outras se referem unicamente àqueles que se sujeitam ao regime celetista, havendo ainda aquelas que se aplicam a ambos.

Assim, muitas são as causas que podem ocasionar a extinção da relação jurídica mantida entre o servidor submetido ao regime estatutário e o Estado. Pode o rompimento decorrer de um ato administrativo, bem como de um fato natural. Pode resultar da vontade do servidor, ou ainda da vontade do Estado.

Os atos administrativos que provocam o rompimento do vínculo mantido com o servidor estatutário podem ser praticados de ofício ou em virtude de pleito neste sentido apresentado por aquele.

São perpetrados de ofício os atos de exoneração, demissão e revogação do ato de provimento. Também é cometido independentemente de provocação o ato que extingue o vínculo com o escopo de reduzir despesas, na forma do quanto disposto no § 4º, do art. 169, da Constituição da República, em virtude de haverem sido ultrapassados os limites impostos pelo ordenamento.

O ato de exoneração também pode ser praticado em virtude de requerimento apresentado pelo servidor, assim como a aposentadoria facultativa.

A exoneração, portanto, pode-se dar de ofício ou em razão da vontade do servidor.

Como regra, podem ser exonerados de ofício os servidores ocupantes de cargos em provimento efetivo, que ainda não tiverem completado o período de estágio probatório, e aqueles investidos em cargos em comissão ou função de

confiança, isto é, os servidores que não estão protegidos pelas garantias da estabilidade e vitaliciedade.

Quando o ato de exoneração é praticado mediante provocação, no entanto, não sofre limites. Assim, pode atingir tanto os servidores ocupantes de cargos em comissão, como aqueles que são titulares de cargos em provimento efetivo, mesmo quando já encerrado o período concernente ao estágio probatório.

O ato de exoneração, quando praticado de ofício, poderá encontrar fundamento na inaptidão do servidor para o cargo, isto é, na sua incapacidade de apresentar desempenho capaz de satisfazer o interesse público, como ocorre no tocante àqueles servidores investidos em cargos em provimento efetivo, que ainda não completaram o estágio probatório, bem como na alteração do interesse público que justificou a nomeação do servidor, como se dá no que diz respeito aos titulares de cargos em comissão.

Além disso, o ato em questão poderá também encontrar espeque na inércia do próprio servidor que, tendo tomado posse, não entra em exercício no prazo estabelecido pelo ordenamento jurídico. Nesta hipótese, porém, entendemos não seria possível falar-se que a exoneração ocorreu de ofício, na medida em que o rompimento do vínculo decorre, assim como na exoneração a pedido, de uma manifestação de vontade do servidor, ainda que por meio de uma conduta omissiva, que enseja a prática, pelo Estado, de um ato destinado a pôr fim àquele.

A extinção do vínculo mantido com o servidor estatutário, na forma do art. 169 da Constituição da República, pode ocorrer ainda quando as despesas com pessoal ativo e inativo excederem os limites estabelecidos em lei complementar, que hoje corresponde à Lei Complementar n. 101, de 4-5-2000. Nesta hipótese, devem ser primeiramente reduzidas, em pelo menos vinte por cento, as despesas com

cargos em comissão e funções de confiança, mediante a exoneração dos servidores nestes investidos. Não sendo suficiente esta medida, devem ser exonerados os servidores não estáveis. Apenas quando estas providências se mostrarem inócuas para conter o excesso de gastos detectado é que poderá o Estado excluir de seus quadros os servidores dotados de estabilidade.

Também será excluído dos quadros do Estado o servidor que, tendo sido nomeado, não tomar posse dentro do interstício para tanto imposto pelo ordenamento jurídico. Em ocorrendo tal situação, revoga-se o provimento.

O rompimento do liame estabelecido entre o Estado e os servidores titulares de cargos poderá ocorrer ainda em virtude do cometimento, por parte destes, de falta prevista no ordenamento jurídico como capaz de ensejar tal consequência.

Quando a falta em questão é cometida por servidor titular de cargo em provimento efetivo fala-se em demissão. A demissão, portanto, representa o ato de natureza punitiva por meio do qual se extingue o liame mantido com o servidor titular de cargo em provimento efetivo, em razão de falta por ele cometida. As hipóteses de demissão encontram-se previstas no art. 132 da Lei n. 8.112/90, bem como em dispositivos contidos em outros diplomas, como, por exemplo, o art. 92, I, a, do Código Penal, e o art. 12, III, da Lei n. 8.429/92.

A infração capaz de justificar o rompimento do vínculo pode ter sido cometida por servidor investido em cargo em comissão. Fala-se, então, em destituição de cargo em comissão. As hipóteses que autorizam a aplicação da penalidade em questão encontram-se previstas no art. 135 da Lei n. 8.112/90.

O pedido de aposentadoria formulado pelo servidor é comumente apontado como causa de extinção do vínculo mantido entre aquele e o Estado.

Trata-se, contudo, sem embargo do respeito devido àqueles que adotam tal posicionamento, de entendimento com o qual não concordamos. Isso porque, o que ocorre, segundo entendemos, em verdade, é uma alteração na qualidade deste vínculo, que passa a possuir natureza previdenciária na medida em que o servidor, a partir do momento em que se aposenta, não mais integra a categoria dos servidores ativos, mas sim a dos inativos. No entanto, repita-se, não enseja o rompimento do liame mantido com o Estado.

Nem sempre, porém, a extinção do liame mantido entre o servidor e o Estado resulta da vontade de uma das partes. Pode decorrer de um fato natural, como, por exemplo, a morte daquele.

A invalidez e o alcance de determinada idade imposta pelo ordenamento como limite máximo à permanência do servidor nos quadros de servidores ativos do Estado também são comumente apontados como fatos naturais capazes de ensejar a extinção do vínculo mantido com o servidor. Entendemos, porém, que nestas hipóteses, tal como ocorre na aposentadoria espontânea, não se dá o rompimento do liame, mas apenas a sua alteração.

Dessa forma, percebe-se que a exclusão, dos quadros do Estado, dos servidores titulares de cargos, com exceção daqueles que se encontram investidos em cargos em comissão, como regra, está condicionada à ocorrência de fatos específicos ou à prática de determinados atos, seja por parte do Estado, seja por parte do servidor.

Situação diversa, porém, se verifica no que diz respeito aos servidores submetidos ao regime celetista, isto é, que se encontram investidos em empregos públicos. Afinal, salvo no que concerne àqueles resguardados por alguma espécie de estabilidade, que somente poderão ser dispensados se vierem a cometer alguma

falta definida como justa causa ou falta grave pela legislação trabalhista, a extinção do vínculo mantido entre o Estado e tais servidores não depende da verificação da ocorrência de fatos ou atos específicos.

Isso não significa, porém, que a exclusão dos servidores submetidos ao regime celetista dos quadros do Estado possa ser feita de forma arbitrária. Em que pese a dispensa de tais servidores não esteja, via de regra, condicionada ao acontecimento de determinada hipótese, trata-se de ato que, em respeito aos princípios que compõem o regime jurídico administrativo, deve ser devidamente motivado, sendo indicados os fundamentos fáticos e jurídicos que conduziram à providência adotada. Por conseguinte, deve o Estado expor como o ato praticado contribui para a satisfação do interesse público.

Também será excluído dos quadros do Estado o servidor que, independentemente do regime a que esteja submetido, for admitido sem ter sido previamente aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo quando este se subsumir a alguma das exceções taxativamente previstas na Carta Magna. A preterição da realização de concurso público, salvo quando, repita-se, se tratar de alguma das exceções previstas na *Lex Legum*, de acordo com o disposto no § 2º, do art. 37, da CLT, implica a nulidade do ato por meio do qual se deu a investidura.

Nota-se, dessa forma, que, ao menos no tocante à extinção do vínculo que entretêm com o Estado, os servidores estatutários e celetistas não se submetem a regimes tão díspares. Por certo, diferenças entre os regimes em questão há. Contudo, muitos são também os pontos de aproximação.

Afinal, independentemente do regime a que esteja sujeito o servidor, ele somente poderá ser excluído dos quadros do Estado mediante decisão

devidamente motivada, que exponha os fundamentos fáticos e jurídicos que amparam a providência adotada. Assim, a extinção do liame está condicionada à prévia ou, quando menos, contemporânea demonstração de como o ato praticado contribui para a satisfação do interesse público.

Da mesma forma, analisando-se as faltas que autorizam seja o servidor submetido ao regime celetista dispensado por justa causa, percebe-se que muitas delas se identificam com aquelas infrações que determinam a demissão do servidor submetido ao regime estatutário.

Assim, a falta prevista no art. 482, *a*, da CLT, encontra-se prevista também no art. 132, V, da Lei n. 8.112/90. O mesmo ocorre com relação aos arts. 482, *b*, da CLT, e 132, V, da Lei n. 8.112/90, que prevêm, ambos, a incontinência de conduta como comportamento capaz de ensejar, respectivamente, a dispensa do servidor por justa causa ou a sua demissão. Também a falta prevista no art. 132, VII, da Lei n. 8.112/90 se assemelha àquelas previstas na CLT, mais precisamente àquelas previstas no art. 482, incisos *j* e *k*, do aludido diploma. A infração contida no art. 117, XV, da Lei n. 8.112/90 encontra seu par na CLT, mais precisamente no art. 482, *e*, desta. Outros exemplos poderiam ser dados, contudo, acreditamos que aqueles apresentados são suficientes para evidenciar a aproximação, em alguns pontos, dos regimes estatutário e celetista.

Faz-se importante esclarecer, porém, que, no tocante a esse aspecto, não defendemos a existência de uma identidade plena, mas apenas parcial. Afinal, algumas condutas encontram-se descritas como infrações apenas na CLT, como é o caso daquelas previstas nos incisos *c*, *d*, *f*, *l* do art. 482 do mencionado diploma, enquanto outras somente dizem respeito aos servidores estatutários, como é o caso, por exemplo, daquelas previstas no art. 132, I, III, VIII e XI, da Lei n. 8.112/90.

Assim, ante o exposto ao longo do presente trabalho, acreditamos que se faz possível concluir que, ao menos no que diz respeito ao rompimento do vínculo mantido entre o Estado e os seus servidores, os regimes estatutário e celetista, em que pese apresentem divergências entre si, não representam realidades tão díspares como comumente se afirma.

## **BIBLIOGRAFIA**

- AMARAL, Antonio Carlos Cintra. Extinção do ato administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 61, apud AMARAL, Antonio Carlos Cintra. Validade e invalidade do ato administrativo. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 8, nov. 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acessado em 15-11-2007.
- AULETE, Caldas. *Dicionário Caldas Aulete da língua portuguesa*: edição de bolso. Rio de Janeiro: Lexikon Editora Digital, 2007.
- ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, out./nov./dez. 2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acessado em 26-12-2007.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- \_\_\_\_\_. Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 5, p. 9, ago. 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acessado em 26-11-2007.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva,

1992. v. 3. t. III.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Hermenêutica e interpretação*. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. rev. trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: EDIPRO, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. Malheiros: São Paulo, 2006.
- BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 9, p. 11, dez. 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acessado em 20-8-2007.
- BUCCI Maria Paula Dallari. Regimes jurídicos dos servidores públicos: aplicação do regime geral dos empregados à administração pública. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 14, 1996.
- BUENO, Vera Scarpinella. O art. 37, § 1º, da Constituição Federal, e a lei de improbidade administrativa. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 6, p. 3, set. 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acessado em 1º-2-2008.
- CAMMAROSANO, Márcio. Cargos em comissão – breves considerações quanto aos limites à sua criação. *Interesse Público – Revista Bimestral de Direito Público*, Porto Alegre: Notadez, ano 8, n. 8, jul./ago. 2006.
- \_\_\_\_\_. *Provedimento de cargos públicos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

- CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 31. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do trabalho*. 2. ed. rev., amp. e atual. Niterói: Editora Impetus, 2008.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Apud: SARMENTO, Daniel (Coord.). *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa, e JORGE NETO, Francisco Ferreira. *O empregado público*. São Paulo: LTr, 2002.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Liv. Freitas Bastos, 1955, v. I.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. v. 4.
- \_\_\_\_\_. *Prática do processo administrativo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- DALAZEN, João Oreste. A reforma do judiciário e os novos marcos da competência material da justiça do trabalho no Brasil. *Revista LTr*, São Paulo, n. 3, ano 69, mar. 2005.
- DALLARI, Adilson Abreu. Controle compartilhado da administração da justiça. *Revista Jurídica/Presidência da República*, Brasília: A Presidência, v. 7, n. 73, jun./jul. 2005. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_73/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_73/). Acessado em 1º-1-2008.
- \_\_\_\_\_. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed. rev. e atual. de

- acordo com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Motivação do ato que dispensa o servidor público celetista*. *Revista LTr*, São Paulo, v. 66, n. 6, 2002.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas 2004.
- ENTERRÍA, Eduardo García de, e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. Madrid: Civitas, 2005. v. 1.
- ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de derecho administrativo*. V. I, reimpressão. Buenos Aires: Depalma, 1990.
- FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- FERNANDES, Carlos Thompson Costa. *A despesa pública e o Tribunal de Contas*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2001.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- FERNANDES, Marcos Antonio. *Regime jurídico do servidor público civil da União comentado*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson. *Processo administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FERRO, Marlúcia Lopes. *Sociedade de economia mista & despedida imotivada*. São Paulo: LTr, 2007.

- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *O Estado no direito do trabalho: as pessoas jurídicas de direito público no direito individual, coletivo e processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. Considerações sobre o dever de motivação dos atos administrativos ampliativos. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 46, 2004.
- FREITAS, Juarez. O princípio jurídico da moralidade e a lei de improbidade administrativa. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord. Geral), MOTTA, Paulo Roberto Ferreira, e CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Direito administrativo contemporâneo – Estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- FREITAS, Ney José de. *Dispensa de empregados públicos & o princípio da motivação*. 1. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2006.
- GAGLIANO, Pablo Stolze, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil* (abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil). V. I – Parte Geral. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GIGLIO, Wagner D. *Justa causa*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GOMES, José Jairo. *Direito civil: introdução e parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo – El acto administrativo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey/Fundación de Derecho Administrativo, 2003. t. III.

- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Devido processo legal e o procedimento administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 18, 1997.
- GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da administração pública e os Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. *Regime disciplinar do servidor público civil da União*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- MAGALHÃES JÚNIOR, Antonio Silvio. *O controle externo da Administração Pública pelo Tribunal de Contas*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2005.
- MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de direito do trabalho*, v. II: Direito individual do trabalho. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1992.
- MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MALLET, Estêvão. *Nulidade decorrente da contratação de empregado sem realização de concurso público* In: MALLET, Estêvão. *Direito, trabalho e processo em transformação*. São Paulo: LTr, 2005.
- MARANHÃO, Délio et al. *Instituições de direito do trabalho*. 17. ed. atual. São Paulo: LTr, 1997. v. I.
- MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*, Tomo III B: Contractos administrativos. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

MARTINS, Sérgio Pinto. Competência da justiça do trabalho para julgar questões de funcionários públicos. In: *Repertório de Jurisprudência IOB*, n. 3, v. II, 1ª quinzena fev. 2005.

\_\_\_\_\_. *Direito processual do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MAZUR, Maurício. O contrato de trabalho nulo com a administração pública e o recente Enunciado n. 363 do TST. In: *Síntese Trabalhista*, ano XII, n. 139, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 10, maio/jun./jul. 2007. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acessado em 26-12-2007.

\_\_\_\_\_. Reforma da previdência e regime jurídico da aposentadoria dos titulares de cargo público. In: MODESTO, Paulo (Org.). *Reforma da previdência. Análise e crítica da emenda constitucional n. 41/2003*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1968.

- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- MUKAI, Toshio. O regime jurídico dos servidores públicos. *Revista LTr*, São Paulo, v. 54, n. 6. 1990.
- NEVES, Sérgio Luiz Barbosa. Regime jurídico único e os servidores municipais. *Revista LTr*, v. 54, n. 1. 1990.
- NOVELLI, Flávio Bauer. A eficácia do ato administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, v. 60, abr./jun. 1960.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Comentários às súmulas do TST*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- \_\_\_\_\_. *Servidores públicos*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Terceirização e responsabilidade patrimonial da administração pública. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 11, p. 6, fev. 2002. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acessado em 26-11-2007.
- PARADA, Ramón. *Derecho administrativo I: parte general*. 15. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- PASSOS, J. J. Calmon de. A constitucionalização dos direitos sociais. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, p. 5, jun./jul./ago. 2007. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/redae.asp>. Acessado em 19-11-2007.

- PEIXOTO, Bolívar Viégas. A competência da justiça do trabalho à luz da emenda à Constituição n. 45, de 2004. *Revista LTr*, São Paulo, n. 7, ano 69, jul. 2005.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. A Emenda Constitucional n. 45/2004 e a justiça do trabalho: reflexos, inovações e impactos. *Revista LTr*, São Paulo, n. 5, ano 69, maio 2005.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.
- PORTA, Marcos. *Processo administrativo e o devido processo legal*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. Servidor público – Três questões: 1ª) FGTS; 2ª) estabilidade de celetistas concursados; 3ª) contratações temporárias. Apud: TELLES, Antonio A. Queiroz, e ARAUJO, Edmir Netto de (Org.). *Direito administrativo na década de 90 – Estudos jurídicos em homenagem ao Prof. Cretella Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- RODRIGUES, Douglas, apud SOARES, José Ronald Cavalcante (Coord.). *O servidor público e a justiça do trabalho – Homenagem ao Ministro Ronaldo José Lopes Leal*. São Paulo: LTr, 2005.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1.
- RUPRECHT, Alfredo. *Os princípios do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.
- SCHIAVI, Mauro. O alcance da expressão “relação de trabalho” e a competência da justiça do trabalho um ano após a promulgação da EC n. 45/04. *Revista LTr*, São Paulo, n. 2, ano 70, fev. 2006.
- SILVA, Almiro do Couto. Correção de prova de concurso público e controle

- jurisdicional. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 42, São Paulo: Malheiros, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. Servidores Públicos. In: *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 24/98, 1998, Caderno 1.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Ato administrativo inválido*. (Biblioteca estudos de direito administrativo; v. 18). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- \_\_\_\_\_. Não é livre a demissão sem justa causa de servidor celetista. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, ano XI, n. 7, 1995.
- \_\_\_\_\_. O concurso público e o direito à nomeação. In: *Estudos de Direito Administrativo em homenagem ao Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- SUNDFELD, Carlos Ari, e SOUZA, Rodrigo Pagani de. As empresas estatais, o concurso público e os cargos em comissão. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, v. 243, set./out./nov./dez. 2006.
- TÁCITO, Caio. Desvio de poder legislativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 1 São Paulo: Malheiros, 1993.
- TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Proteção à relação de emprego*. São Paulo: LTr, 1998.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.  
v. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. rev.  
atual. e ampl. de acordo com as Leis 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002  
(Coleção estudos de direito de processo – Enrico Tullio Liebman – V. 16). São  
Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do  
perfil constitucional do estado social e democrático de direito. *Revista Diálogo  
Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, ano I, n. 9, dez. 2001.  
Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acessado em 26-12-2007.