

ODETE MEDAUAR

DIREITO  
ADMINISTRATIVO  
MODERNO

19.<sup>a</sup> edição revista e atualizada



THOMSON REUTERS  
REVISTA DOS  
TRIBUNAIS™

# DIREITO ADMINISTRATIVO MODERNO

19.<sup>a</sup> edição revista e atualizada

ODETE MEDAUAR

1.<sup>a</sup> edição: 1996 – 2.<sup>a</sup> edição: 1998 – 3.<sup>a</sup> edição: 1999 – 4.<sup>a</sup> edição: 2000 – 5.<sup>a</sup> edição: 2001 – 6.<sup>a</sup> edição: 2002 – 7.<sup>a</sup> edição: 2003 – 8.<sup>a</sup> edição: 2004 – 9.<sup>a</sup> edição: 2005 – 10.<sup>a</sup> edição: 2006 – 11.<sup>a</sup> edição: 2007 – 12.<sup>a</sup> edição: 2008 – 13.<sup>a</sup> edição: 2009 – 14.<sup>a</sup> edição: 1.<sup>a</sup> tiragem: janeiro de 2010; 2.<sup>a</sup> tiragem: julho de 2010 – 15.<sup>a</sup> edição: 2011; – 16.<sup>a</sup> edição: 2012; – 17.<sup>a</sup> edição: 2013; – 18.<sup>a</sup> edição: 2014.



© desta edição [2015]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

MARISA HARMS

*Diretora responsável*

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda

Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450

CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT

(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor

sac@rt.com.br

Visite nosso site

www.rt.com.br

Impresso no Brasil [02-2015]

Universitário [texto]

Fechamento desta edição [21.01.2015]



ISBN 978-85-203-5961-7

## SERVIDORES PÚBLICOS

SUMÁRIO: 13.1 Introdução ao tema – 13.2 Legislação – 13.3 Terminologia – 13.4 Tipos de vínculo de trabalho: funções, cargos e empregos: 13.4.1 Noção; 13.4.2 Acessibilidade – 13.5 Cargos públicos: 13.5.1 Noção; 13.5.2 Tipologia; 13.5.3 Vacância; 13.5.4 Provedimento – 13.6 Regime jurídico: 13.6.1 Regime estatutário; 13.6.2 Regime celetista; 13.6.3 Regime especial – 13.7 Principais normas do regime estatutário: 13.7.1 Vencimento, remuneração e subsídio; 13.7.2 Direito à permanência no cargo: estabilidade e vitaliciedade; 13.7.3 Acumulação de cargos; 13.7.4 Exercício de mandato eletivo; 13.7.5 Férias e décimo terceiro salário; 13.7.6 Licenças; 13.7.7 Direito de greve; 13.7.8 Sindicalização; 13.7.9 Aposentadoria e pensão; 13.7.10 Deveres – 13.8 Responsabilidade dos servidores: 13.8.1 Responsabilidade criminal; 13.8.2 Responsabilidade civil; 13.8.3 Responsabilidade administrativa – 13.9 Poder disciplinar – 13.10 Regime disciplinar: 13.10.1 Competência legal; 13.10.2 Vinculação ao exercício do cargo, função ou emprego; 13.10.3 Legalidade das infrações; 13.10.4 Legalidade das sanções; 13.10.5 Prescritibilidade; 13.10.6 Motivação – 13.11 Processo administrativo disciplinar: 13.11.1 Noção e terminologia; 13.11.2 Comissões processantes; 13.11.3 Sindicância; 13.11.4 Processo disciplinar *stricto sensu*: fases, recurso e revisão – 13.12 Repercussão da sentença penal no processo administrativo disciplinar – 13.13 Bibliografia.

### 13.1 Introdução ao tema

As atividades da Administração, seus poderes, atos, a gestão de seus bens se operacionalizam pelo trabalho dos servidores públicos, ou seja, pelas pessoas que mantêm vínculo de trabalho com a Administração, o chamado *personal* da Administração. Cabe aos servidores, primordialmente, fazer a Administração funcionar.

O tema *servidores* traz subjacentes várias questões sociopolíticas: o empreguismo, o clientelismo, o nepotismo, o fisiologismo, que traduzem o uso da máquina administrativa para fins eleitorais, pessoais, para barganha com o Legislativo. Muitas dessas práticas ligam-se à questão do financiamento das campanhas eleitorais e dos partidos políticos. Outros problemas também afloram nesse assunto: ausência de políticas efetivas de recursos humanos, não profissionalização do servidor, falta de programas de treinamento, atualização e incentivo, falta de política remuneratória adequada.

Num livro dedicado aos institutos e preceitos fundamentais do direito administrativo, inclusive servidores públicos, é impossível o exame das questões acima suscitadas. Por isso, na exposição que segue serão priorizados os aspectos jurídico-legais do tema servidores públicos civis, centralizados essencialmente naqueles que atuam no Executivo.

### 13.2 Legislação

As bases normativas sobre servidores públicos encontram-se na Constituição Federal. A matéria relativa a servidores foi alterada pelas Emendas Constitucionais 19, de 04.06.1998, 20, de 15.12.1998, 41, de 19.12.2003, publicada em 31.12.2003, e 47, de 05.07.2005. No título dedicado à Administração Pública, a primeira seção – disposições gerais, arts. 37 e 38 – e a segunda – servidores públicos, arts. 39 a 41 – contêm preceitos sobre servidores civis; o art. 42 e parágrafos abriga normas sobre servidores militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Por força do *caput* do art. 37, as normas dos seus incisos e parágrafos aplicam-se à Administração direta e indireta dos Estados, Distrito Federal e Municípios e a todos os poderes, inclusive no tocante aos respectivos servidores. Outros dispositivos preveem, de modo explícito, a aplicabilidade àqueles âmbitos. Na ausência dessa previsão, há orientação jurisprudencial já firmada, no sentido da aplicação obrigatória, inclusive nas quantificações aí fixadas (por exemplo, tempo para aquisição de estabilidade). Tratando-se de benefícios ou vantagens não indicados na Constituição, nada impede que Estados, Municípios e Distrito Federal instituam outros, como, por exemplo, a licença para realizar curso no exterior, sendo vedada a supressão de direitos assegurados pelo texto constitucional.

As Constituições estaduais abrigam as normas sobre servidores presentes na Constituição Federal e especificam outras para o respectivo Estado, o mesmo ocorrendo com as Leis Orgânicas de Municípios.

As normas constitucionais sobre servidores e outras vêm englobadas nos chamados *Estatutos*, ou seja, leis que reúnem os preceitos fundamentais na matéria para cada âmbito administrativo, aplicáveis a boa parte dos servidores. Assim, há o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, hoje também denominado Regime Jurídico dos Servidores Civis da União, das autarquias e das fundações federais – Lei 8.112, de 11.12.1990, com várias alterações posteriores; cada Estado-membro poderá editar o Estatuto de seus servidores civis; cada Município, o seu. De regra, nos Estatutos há normas sobre provimento de cargos, concurso público, vacância, remuneração, incluindo adicionais, gratificações, férias, licenças, regime disciplinar, processo disciplinar. São os Estatutos Gerais, que abrangem a maior parte dos servidores desses âmbitos, aplicando-se, muitas vezes, por disposição explícita, aos servidores do Legislativo e Tribunal de Contas correspondentes. Existem também os

Estatutos especiais, destinados a determinadas categorias de servidores, cujas peculiaridades demandariam preceitos específicos; assim, no âmbito da Administração pode haver Estatuto do Magistério, Lei Orgânica de Procuradorias, Estatutos de Servidores de Autarquia; no âmbito do Poder Judiciário, a Lei Orgânica da Magistratura. Como se verá, nem todos os servidores têm seus direitos e deveres regidos por Estatuto.

### 13.3 Terminologia

Os vocábulos empregados para designar aqueles que mantêm vínculo de trabalho com entes estatais apresentam-se nebulosos.

Na linguagem comum, inclusive usada na imprensa falada e escrita, mencionam-se, com frequência, os termos funcionalismo, funcionários, servidores, para abranger todos os que trabalham na Administração ou num setor; são muito comuns as expressões “greve no funcionalismo”, greve dos funcionários do Correio.

Na linguagem técnico-jurídica reina confusão, parecendo difícil fixar com nitidez o sentido das diversas expressões existentes. A Constituição Federal dá preferência à expressão *servidores públicos*, com a qual intitula uma seção; usa também o termo *servidor* em quase todos os dispositivos da matéria. Assim, a Constituição Federal atribui a essa locução o sentido amplo, que tradicionalmente se conferia à expressão *agentes públicos*, para abranger todos aqueles que mantêm vínculo de trabalho com o poder público. Em textos legais menos recentes, é dado sentido amplo à expressão *funcionário público*, pois era a de uso mais frequente antes da Constituição Federal de 1988 – por exemplo, o art. 327 do Código Penal.

A seguir serão arrolados os termos utilizados com mais frequência no ordenamento brasileiro, com as acepções mais usuais:

a) *agentes públicos* – abrange todos aqueles que mantêm vínculo de trabalho com os entes estatais, de qualquer poder. A partir da Constituição de 1988, tende-se a utilizar a expressão “servidores públicos” com essa amplitude;

b) *agentes políticos* – designa, em primeiro lugar, os eleitos por sufrágio universal, detentores de mandato: Presidente da República, Governadores, Senadores, Deputados, Prefeitos, Vereadores. Em segundo lugar, são assim considerados por grande parte da doutrina, os auxiliares imediatos dos chefes de Executivo: Ministros de Estado, Secretários de Estado, Secretários Municipais; no tocante aos eleitos, há normas básicas nas Constituições e Leis Orgânicas referentes aos seus direitos e deveres. Reina controvérsia quanto à inserção, neste segmento, dos membros da Magistratura e do Ministério Público;

c) *servidores públicos* – na Constituição Federal de 1988, designa todas as pessoas físicas que trabalham nos entes estatais, de qualquer poder, inclusive os detentores de cargos; é o mesmo sentido da locução “agentes públicos”. Antes

da Constituição Federal de 1988, a doutrina atribuía tal nome àqueles que trabalhavam nos entes estatais, sem ocupar cargos, por exemplo, os contratados;

d) *funcionários públicos* – expressão que, nos estatutos anteriores à Constituição Federal de 1988, denomina as pessoas legalmente investidas em cargos públicos, por exemplo: art. 3.º do Estatuto dos Funcionários Civis do Estado de São Paulo – Lei 10.261/68, com alterações posteriores. Para os seus efeitos, o Código Penal atribui sentido amplo a essa expressão (art. 327, *caput* e § 1.º);

e) *empregados públicos* – por analogia aos termos usados nos vínculos de trabalho do setor privado (empregado-empregador), a locução designa aqueles contratados pela Consolidação das Leis do Trabalho, figurando o poder público como empregador.

No tocante aos cidadãos que, de modo efêmero, exercem atribuições públicas, sem remuneração, como os jurados, os mesários e apuradores em eleições, integrantes de comissões e grupos de trabalho, não se incluem em nenhuma categoria acima; são cidadãos que prestam serviços relevantes. Aliás, os Estatutos proíbem a gratuidade do vínculo de trabalho contínuo, salvo os casos previstos em lei (ver art. 4.º da Lei 8.112/90 – Estatuto Federal). A lei pode equipará-los a servidores ou funcionários públicos, para efeitos específicos, como, por exemplo, o art. 283, I e II, do Código Eleitoral.

### 13.4 Tipos de vínculo de trabalho: funções, cargos e empregos

Para que as pessoas atuem, de modo contínuo, em nome da Administração, torna-se necessário um título legal. De regra, esse título é representado por um ato de nomeação, por um contrato, por um ato de designação. Tais títulos permitem que uma pessoa física exerça atividades em nome da Administração, com a qual mantém, assim, vínculo de trabalho; portanto, atribuem à pessoa o exercício de função pública. Nas relações de trabalho com o poder estatal, a *função pública* significa o exercício de atividades da competência da Administração, em nome desta e de acordo com as finalidades desta, ou seja, para atender ao interesse público.

Então, todo vínculo de trabalho com a Administração expressa o exercício de função pública, no sentido acima indicado. Variam os tipos de vínculo de trabalho.

#### 13.4.1 Noção

Para o desempenho da *função pública* pode ser atribuído à pessoa um cargo público. *Cargo público* é o conjunto de atribuições e responsabilidades, criado por lei em número determinado, com nome certo e remuneração especificada por meio de símbolos numéricos e/ou alfabéticos. Todo cargo implica o exercício de função pública. O ato administrativo que atribui, a uma pessoa, exercício inicial de um cargo é a nomeação.

A *função pública* pode ser exercida sem estar revestida da conotação de cargo. Sob esse aspecto, o sentido da expressão se especifica para significar o tipo de vínculo de trabalho em que as atividades são exercidas por pessoas que não ocupam cargos, pois somente detêm funções. Portanto, nem toda função pública implica exercício de cargo. Por exemplo: exercem funções públicas os contratados por tempo determinado nos termos do art. 37, IX, da CF, os antigos admitidos a título precário. Nem todas as funções são criadas por lei, em número certo; muitas decorrem das atividades típicas de cada órgão ou ente administrativo, sem número determinado; por vezes existem tabelas de lotação de pessoal para cada órgão, como atos internos, nas quais são listadas as funções de modo quantificado, em número suficiente para o órgão realizar suas atribuições legais. Por outro lado, há funções cujo exercício pressupõe vínculo com a Administração, como ocorre com as funções gratificadas, funções da carreira docente e funções de chefia acadêmica em faculdades e universidades públicas.

Quando a função pública é exercida com base num contrato regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, esse vínculo se denomina emprego público; é o caso dos empregados das sociedades de economia mista e empresas públicas. Nos Estados e Municípios que não adotaram regime jurídico único estatutário, os celetistas da Administração direta e indireta detêm emprego público. No âmbito federal, a Lei 9.962, de 22.02.2000, disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração direta, das autarquias e fundações, sob o regime da CLT e legislação trabalhista correlata.

Tradicionalmente as Constituições vêm atribuindo aos chefes de Executivo iniciativa privativa nas leis que disponham sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta e autárquica (salvo as universidades), como dispõe o art. 61, § 1.º, II, *a*, da CF, repetido nas Constituições estaduais e Leis Orgânicas de Municípios.

#### 13.4.2 *Acessibilidade*

A acessibilidade diz respeito às condições e modos pelos quais são propiciadas, aos cidadãos, oportunidades de exercer os cargos, funções e empregos públicos.

Nos termos do art. 37, I, da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional 19/98, os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos *estrangeiros*, na forma da lei. Hoje o preceito possibilita que brasileiros e estrangeiros tenham acesso a cargos, empregos e funções públicas, nas condições fixadas em lei. A Emenda Constitucional 11, de 30.04.1996, já acrescentara dois parágrafos ao art. 207 da CF, para facultar às universidades e às instituições de pesquisa científica e tecnológica a admissão de professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei.

Segundo o art. 37, II, a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em *concurso público* de provas ou de provas e títulos, salvo o cargo em comissão.

A exigência de concurso público para ascender a postos de trabalho no setor público atende, principalmente, ao princípio da igualdade e ao princípio da moralidade administrativa. Para os concursos públicos no âmbito da Administração Federal, direta e indireta, a Lei 12.990, de 09.06.2014, determina reserva, aos negros, de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas para provimento de cargos efetivos e empregos públicos. A reserva de vagas se aplica nos casos em que o número de vagas for igual ou superior a 3 (três). Referida Lei fixa outras diretrizes a respeito.

Algumas questões emergem no tocante à acessibilidade.

(i) O inc. II do art. 37 menciona investidura em cargo ou emprego, omitindo função pública. Ficaria estranho, ante o espírito da Constituição Federal e os princípios da Administração aí consagrados, que a investidura em função escapasse à exigência de concurso. Surgiu entendimento no sentido de que só existiria função no caso de contrato por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, prevista no inc. IX do art. 37; portanto, o acesso a essa contratação independeria de aprovação em concurso público. Todos os demais vínculos seriam cargos e empregos, com investidura condicionada à aprovação em concurso público, ressalvados os cargos em comissão. No entanto, há casos de contratos de pessoal que não são regidos pela CLT, nem se inserem no referido inc. IX; trabalho realizado em virtude desses contratos qualifica-se como função pública, sem dúvida; e, ante os princípios da igualdade e da moralidade administrativa, tais contratações só podem se efetuar com pessoas habilitadas em concurso público.

(ii) Outra questão diz respeito à associação que vem sendo aventada entre concurso público e estabilidade. Há um raciocínio segundo o qual quem presta concurso público terá direito à aquisição de estabilidade após três anos de trabalho; porém, os termos da redação atual do art. 41, *caput*, tornam claro que somente os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo podem adquirir estabilidade, porque reza o seguinte: “São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público”. Em virtude dessa associação entre concurso público e estabilidade, muitos órgãos e entes administrativos passaram a denominar *processo seletivo público* os certames para contratar pela CLT ou para outro tipo de contrato, reservando a locução *concurso público* para os cargos de provimento efetivo. Na verdade, não é o tipo de certame que propicia a estabilidade, mas o tipo de cargo, o cargo de provimento efetivo, como é mencionado no art. 41, *caput*; contrato algum possibilita aquisição de estabilidade. Por outro lado, o *caput* do art. 41 usa o termo “efetivo” e usa o termo “nomeados”,



típicos do desempenho de cargo de provimento efetivo, pois inexistem contratos efetivos e inexistente nomeação em vínculo contratual.

(iii) No tema do concurso público também surgiu controvérsia em torno do *limite de idade*, em especial o limite máximo. Isso porque o inc. XXX do art. 7.º da CF, aplicável aos servidores públicos por força do art. 39, § 3.º, veda, entre outras, diferença de critério de admissão por motivo de idade. Essas controvérsias predominaram no atinente a concursos públicos para cargos na magistratura e no Ministério Público. Duas correntes se formaram: uma no sentido de vedação absoluta de limite de idade (v. acórdãos TRF-1.ª Reg., Recurso *Ex Officio* 90.01.01895-5/DF, DJU 06.08.1990, e TRF-5.ª Reg., Remessa *Ex Officio* 1.781/RN, DJU 13.08.1990); outra admitindo a fixação de limite por lei, ante a natureza das atividades do cargo, sendo a limitação razoável e pertinente (v. acórdãos RMS 21.033, STF, RTJ 135/961, e TRF-5.ª Reg., Remessa *Ex Officio* 1.784/RN, DJU 13.08.1990). A segunda corrente veio a prevalecer, porque a Emenda Constitucional 19/98, ao manter a aplicação do inc. XXX do art. 7.º aos servidores, acrescentou, ao referido § 3.º do art. 39, o seguinte: a lei pode estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. Nos termos da Súmula 683, do STF, “o limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7.º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.”

(iv) Suscita controvérsia a exigência de exame psicotécnico para o preenchimento de cargo público. Na matéria foi editada a Súmula 686, do STF, no teor a seguir: “Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público.”

(v) Também suscita debate a existência ou não, em favor de candidato aprovado em concurso público, em classificação dentro do número de vagas, de direito à nomeação. Durante longo tempo vigorou o entendimento da ausência de um direito à nomeação. Na atualidade, registra-se inversão do antigo entendimento, para reconhecer, ao candidato aprovado em concurso público e classificado em posição dentro do número das vagas postas em concurso, o direito à nomeação. O STF, no RE 598099/MS, j. 10.08.2011, rel. Ministro Gilmar Mendes, reconheceu, por unanimidade, o direito do concursando aprovado à nomeação, criando um dever de nomeação imposto ao poder público. A decisão unânime neste Recurso Extraordinário veio a consolidar decisões anteriores do STF nesta linha. O STJ vinha se posicionando no mesmo sentido; v. p. ex.: RMS 15.034/RS, DJU 29.03.2004, rel. Ministro Felix Fischer.

## 13.5 Cargos públicos

### 13.5.1 Noção

*Cargo público* é o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um servidor, criado por lei, em número certo, com denominação própria,

remunerado pelos cofres públicos. Os estatutos trazem conceitos semelhantes – por exemplo, o Estatuto Federal, art. 3.º e parágrafo único.

### 13.5.2 Tipologia

Vários são os critérios para classificar os cargos públicos. Os mais comuns serão mencionados a seguir.

a) Quanto à possibilidade de permanência com que é preenchido, distinguem-se *cargo de provimento efetivo*, abreviado para cargo efetivo, e *cargo de provimento em comissão*, abreviado para cargo em comissão.

O *cargo efetivo* é aquele preenchido com o pressuposto da continuidade e permanência do seu ocupante. Ao se nomear alguém para um cargo efetivo, há o pressuposto de permanência da pessoa no desempenho das atribuições. Este é, portanto, o sentido do termo *efetividade*. É a nomeação para cargo efetivo que possibilita a aquisição da estabilidade ordinária ou comum, conforme prevê o art. 41 da CF, onde figura o termo “efetivo”. Não é o concurso público que possibilita a aquisição da estabilidade; é o modo como o cargo é provido, ou seja, o provimento efetivo. Aliás, a lei, ao criar o cargo, indica o modo pelo qual é preenchido, em geral usando a expressão “de provimento efetivo, mediante concurso público”. Portanto, não se deve confundir efetividade com estabilidade. A *efetividade* é modo de preenchimento do cargo, ligado à possibilidade de permanência do seu ocupante no exercício das atribuições respectivas; a efetividade propicia a aquisição da estabilidade ordinária, após três anos de exercício. A *estabilidade*, por sua vez, expressa o direito ao cargo pelo modo como poderá ser perdido. A Constituição Federal, no § 1.º do art. 41 e no § 4.º do art. 169, prevê que o servidor estável só perderá o cargo: a) em virtude de sentença judicial transitada em julgado; b) mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; c) mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, assegurada ampla defesa; d) para possibilitar que as despesas com pessoal não excedam limites estabelecidos em lei complementar; e) por força do § 6.º do art. 198, acrescentado pela Emenda Constitucional 51/2006, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou agente de combate às endemias poderá perder o cargo por descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício.

O *cargo em comissão* é aquele preenchido com o pressuposto da temporariedade. Esse cargo, também denominado *cargo de confiança*, é ocupado por pessoa que desfruta da confiança daquele que nomeia ou propõe a nomeação. Se a confiança deixa de existir ou se há troca da autoridade que propôs a nomeação, em geral o ocupante do cargo em comissão não permanece; o titular do cargo em comissão nele permanece enquanto subsistir o vínculo de confiança, por exemplo: o cargo de Ministro de Estado. Os cargos em comissão, sendo cargos públicos, são criados por lei, em número certo; a própria

lei menciona o modo de provimento e indica a autoridade competente para nomear, usando, por exemplo, a expressão seguinte: de livre provimento em comissão pelo Presidente da República. Por vezes a lei fixa alguma condição, limitando o âmbito da escolha; por exemplo: livre provimento, em comissão, dentre portadores de diploma de curso superior. Segundo o art. 37, II, da CF, os cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração, não exigem concurso público. Com a mesma facilidade com que é nomeado o titular de cargo em comissão, ele o perde, sem garantia alguma, pois é de livre exoneração; daí dizer-se que seus ocupantes são demissíveis *ad nutum*, pois esta expressão significa literalmente “um movimento de cabeça”. De acordo com a Constituição Federal, art. 37, V, na redação dada pela Emenda Constitucional 19/98, as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

A Súmula Vinculante 13, do STF, editada em 2008, veda o chamado *nepotismo*, no teor seguinte: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

Ainda a respeito de cargos em comissão, o STF, na ADIn 3.602/GO, pub. DJe 07.06.2011, rel. Ministro Joaquim Barbosa, declarou “inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuam caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandem relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico, tais como os cargos de Perito Médico-Psiquiátrico, Repórter Fotográfico, Perito, Psicológico, Enfermeiro e Motorista de Representação”.

Além dos cargos efetivos e dos cargos em comissão, há número pequeno de cargos ocupados por *mandato*, com duração previamente fixada, que só poderá ser cassado por razões de suma gravidade e segundo processo fixado em normas. Para alguns autores, trata-se de investidura a termo. Por exemplo: os cargos de reitor e diretor em universidades públicas; nesses casos, colegiados universitários elegem três ou mais nomes para integrar uma lista, a ser apresentada à autoridade competente para nomear, que escolherá um dos nomes. Em muitos conselhos (por exemplo, no Conselho Estadual de Educação), seus integrantes detêm mandatos.

b) Quanto à possibilidade de progressão vertical, existem os *cargos isolados* e os *cargos de carreira*. Os *cargos isolados* não são suscetíveis de progressão;

hoje são em número pequeno, pois se tende a organizar planos de carreira para os servidores, como determina o § 1.º do art. 39 da CF. Os *cargos de carreira* são aqueles que admitem progressão funcional vertical; para tanto, os cargos são agrupados e escalonados em classes. *Classe* é o agrupamento de cargos da mesma denominação e idênticas referências de vencimento; por exemplo: uma carreira de Procurador escalonada nas ascendentes classes de Procurador I, ref. 21; Procurador II, ref. 22; e Procurador III, ref. 24; cada uma dessas classes reúne um grupo de cargos. O Procurador inicialmente é nomeado para cargo integrante da classe Procurador I; no decorrer da vida funcional, poderá galgar os cargos das classes superiores, o que importará acréscimo de remuneração e às vezes o exercício de atribuições mais complexas, mas da mesma natureza de trabalho. Por isso, *carreira* é o conjunto de classes da mesma natureza de trabalho, escalonadas segundo a responsabilidade e a complexidade das atribuições. A passagem para cargos de classes superiores por vezes recebe a denominação de *acesso*, por vezes, de *promoção* (este é o termo usado na Lei 8.112/90 – Estatuto Federal, art. 10, parágrafo único, e art. 17, com a redação dada pela Lei 9.527/97). *Essa passagem não significa investidura inicial*, a demandar concurso público; havendo concurso de acesso ou promoção, dele só poderão participar integrantes da carreira, titulares de cargos da classe imediatamente inferior à classe dos cargos objeto de disputa, pois tal processo é inerente à existência da carreira. Neste sentido, a contrario sensu a Súmula 685 do STF: “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”. Decorre desta súmula ser constitucional investir-se em cargo integrante da carreira a que o servidor já pertence sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento.

### 13.5.3 Vacância

A *vacância* é a situação do cargo que está sem ocupante. Vários fatos levam à vacância, dentre os quais: o servidor pediu o desligamento (exoneração a pedido); o servidor foi desligado do cargo em comissão ou não iniciou exercício (exoneração *ex officio*); o servidor foi punido com a perda do cargo (demissão); o servidor passou a exercer outro cargo ante limitações em sua capacidade física ou mental (readaptação); aposentadoria ou morte do servidor; acesso ou promoção.

### 13.5.4 Provimento

Ao preenchimento de cargo vago se dá o nome de *provimento*. Na Administração direta, o provimento de cargos é da competência do Chefe do Executivo, que, em geral, a delega parcialmente a outras autoridades, de regra, Chefe do Gabinete Civil, Secretário do Governo, Secretário de Administração.

Tradicionalmente se indicam dois tipos de provimento: o *originário* e o *derivado*. O *provimento originário* existe quando estabelece o início de vínculo do indivíduo a um cargo público. O provimento originário se efetua mediante *nomeação*, ato administrativo pelo qual se atribui um cargo a alguém. A nomeação é publicada no diário oficial ou afixada na sede da Chefia do Executivo. Com a nomeação, o cargo está preenchido. No entanto, outros dois elementos são necessários para que o nomeado inicie as atividades do cargo: a posse e o início de exercício.

A *posse* significa aceitação das atribuições, responsabilidades e direitos do cargo, pelo nomeado, efetuando-se por assinatura de um termo. Em geral, os estatutos concedem até trinta dias para o nomeado tomar posse; por vezes, esse prazo é prorrogável, a pedido do interessado e a critério da Administração. No âmbito federal foi abolida a possibilidade de prorrogação do prazo de posse (Lei 9.527/97, que alterou a redação do art. 13, § 1.º, da Lei 8.112/90). É a posse o momento de ser atendida a exigência de habilitação legal para o cargo e não na inscrição para o concurso público (Súmula 266, STJ).

O *início de exercício* é o começo do desempenho das atribuições do cargo, contando-se a partir daí os dias trabalhados para fins de remuneração e de tempo de serviço. O Estatuto Federal dá o prazo de quinze dias, a partir da posse, para que se inicie o exercício, sem possibilidade de prorrogação (art. 15, § 1.º, com a redação dada pela Lei 9.527/97); outros estatutos dão prazo de trinta dias, admitindo prorrogação, a pedido do interessado e a critério da Administração. O servidor empossado que não iniciar o exercício no prazo legal é exonerado.

Para que possa iniciar o exercício torna-se necessário lotar o servidor, dar-lhe *lotação*, ou seja, inseri-lo num órgão para que aí exerça suas atividades. Os termos “lotação do servidor” indicam o órgão no qual o servidor exerce as atividades do seu cargo, função ou emprego. Também se usa o vocábulo “lotação” ligado a um órgão, por exemplo: “lotação do Departamento de Contabilidade”, para expressar o número de cargos, funções e empregos inseridos no órgão a fim de que realize as atividades de sua competência.

O *provimento derivado* ocorre ante acontecimentos da vida funcional do servidor; supõe, portanto, vínculo presente ou passado com a Administração. Algumas figuras jurídicas expressam provimentos derivados, dentre as quais:

a) *promoção*, *acesso* – nomes diversos para significar a progressão vertical na carreira, pela qual se passa de um cargo de classe inferior para um cargo de classe superior, da mesma natureza de trabalho, como já se expôs. Não se trata de investidura inicial: por meio da promoção, por vezes denominada acesso, se galgam patamares mais elevados de uma carreira, sendo inerente ao próprio sentido de carreira;

b) *readaptação* – é a investidura em cargo de atribuições compatíveis com a limitação que o servidor tenha sofrido em sua capacidade física ou mental, verificada por exame médico;

c) *aproveitamento* – é o retorno obrigatório, à atividade, de servidor em disponibilidade, para cargo de atribuições e vencimentos compatíveis com o anteriormente ocupado. Segundo o art. 41, § 3.º, da CF, havendo extinção do cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

O termo *aproveitamento* também é usado nos casos em que se efetua *transformação* ou *reclassificação* de carreiras ou de cargos, aproveitando-se, depois, integrantes de carreira alterada em cargos e/ou classes com novas denominações. Aqui não se trata de investidura inicial, mas de mudanças em carreiras, devendo-se enquadrar seus integrantes em cargos e/ou classes decorrentes das transformações. Nas ADIn 1591/RS (j. 19.08.1998), 2.713-1/DF e 2.335/SC (j. 11.06.2003), o STF declarou constitucionais transformações de carreiras dotadas de cargos com funções assemelhadas, para aglutiná-las numa só, aproveitando-se seus integrantes em novas classes e cargos;

d) *reversão* – é o retorno à atividade de servidor aposentado por invalidez, quando, por junta médica oficial, forem declarados insubsistentes os motivos da aposentadoria. Também reverte à atividade o servidor que teve sua aposentadoria cassada, para que seja aplicada, de imediato, pena de demissão, não ocorrendo, na prática, exercício do cargo que ocupava anteriormente;

e) *reintegração* – é a reinvestidura do servidor no cargo antes ocupado quando sua demissão foi anulada por decisão administrativa ou judicial, tendo direito ao ressarcimento de remuneração e vantagens não percebidas. Se o cargo foi extinto, o servidor reintegrado fica em disponibilidade; se o cargo estiver provido, seu ocupante volta ao cargo de origem ou é aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade (assim dispõem o § 2.º do art. 41 da CF e o art. 28 do Estatuto Federal).

### 13.6 Regime jurídico

Em matéria de servidores, *regime jurídico* significa o conjunto de normas referentes aos seus deveres, direitos e demais aspectos da sua vida funcional. Ao se mencionar regime jurídico dos servidores, cogita-se do modo como o ordenamento disciplina seus vínculos com o poder público, quanto a direitos, deveres e vários aspectos da sua vida funcional.

O ordenamento brasileiro adota, para os servidores públicos, regime jurídico distinto do que vigora para os empregados do setor privado, como demonstra, por exemplo, a Constituição Federal de 1988, que, no art. 7.º, arrola direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, e, no título dedicado à Administração Pública, elenca direitos dos servidores públicos. No entanto, a própria Constituição Federal fixa pontos de aproximação dos regimes, ao determinar, no art. 39, § 3.º, a aplicação de vários incisos do art. 7.º aos servidores ocu-

pantes de cargo público; e ao garantir a estes o direito à livre sindicalização e o direito de greve (art. 37, incs. VI e VII, respectivamente), entre outros.

Na redação original da Constituição de 1988, o art. 39, *caput*, exigia regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da Administração direta, autarquias e fundações. No âmbito federal, a Lei 8.112/90 *fixou*, como regime jurídico único, o estatutário. A EC 19/98 aboliu tal exigência. Mas, o STF, na ADIn 2.315/DF, em sede cautelar, suspendeu *ex nunc*, em 02.08.2007, a eficácia do art. 39, *caput*, na redação dada pela EC 19/98, mantendo-se, portanto, válidas as situações ocorridas no período. Referida decisão do STF fundamentou-se em questão relativa ao não cumprimento do quorum por maioria qualificada de 3/5 na Câmara dos Deputados, para a alteração do art. 39, *caput*. Com tal suspensão, voltou a ter eficácia a redação original do art. 39, *caput*.

### 13.6.1 Regime estatutário

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

Como já se expôs, cada nível poderá editar o próprio Estatuto, observadas as normas da Constituição Federal, havendo, assim, o Estatuto dos servidores federais, o Estatuto dos servidores de cada Estado, o Estatuto dos servidores de cada Município e o Estatuto dos servidores de cada autarquia, se for o caso. São editados também Estatutos para categorias funcionais específicas, por vezes com o nome de Lei Orgânica, por exemplo, Lei Orgânica da Procuradoria do Estado, Lei Orgânica da Procuradoria do Município, Estatuto do Magistério Municipal.

### 13.6.2 Regime celetista

No *regime celetista* os servidores têm seus direitos e deveres norteados, nuclearmente, pela Consolidação das Leis do Trabalho. Por isso, recebem a denominação de “empregados públicos”, numa analogia com o setor privado, em que se usam os termos empregado-empregador. Assim, *emprego público* é o posto de trabalho de quem é contratado pela CLT. Esse é o regime de todos

os que trabalham nas empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme determina o art. 173, § 1.º, II, da CF. Nos Estados e Municípios que não adotaram regime único estatutário, há servidores contratados pela CLT na Administração direta, nas autarquias e fundações públicas. No âmbito federal, a Lei 9.962, de 22.02.2000, disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração direta, das autarquias e fundações, sob o regime da CLT e legislação trabalhista correlata.

Tendo em vista que o empregador é o ente estatal, alguns preceitos do regime jurídico estatutário estendem-se aos celetistas; por exemplo: limite de remuneração (CF, art. 37, XI), proibição de acumulação remunerada de outro emprego, função ou cargo (CF, art. 37, XVII), possibilidade de sofrer sanções por improbidade administrativa (CF, art. 37, § 4.º, e Lei 8.429/92, art. 1.º).

### 13.6.3 Regime especial

Nos termos da Constituição Federal de 1988, art. 37, IX, podem-se considerar sob regime especial os servidores contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, na conformidade da lei.

Trata-se da possibilidade de contratar por prazo determinado (curto), para atender a necessidade que difere das necessidades comuns, por ser qualificada como “de excepcional interesse público”; por exemplo, em casos de calamidade, epidemia, vacinação em massa. Para tanto, uma lei em cada nível deve dispor a respeito. Segundo fixar a lei, o contrato poderá ser regido pela CLT ou a própria lei estabelecerá o regime jurídico, podendo até determinar a aplicação, a tais servidores, de preceitos do Estatuto correspondente. Em nível federal, a Lei 8.745, de 09.12.1993, com alterações posteriores, dispõe sobre essa contratação, inclusive determinando, no art. 11, a aplicação, a tais contratados, de vários preceitos do Estatuto Federal. Previamente à contratação, os entes públicos realizam, em geral, processos seletivos simplificados, do que fornece exemplo, a referida Lei Federal 8.745/1993, que no seu art. 3.º, prevê o recrutamento mediante processo seletivo simplificado sujeito a ampla divulgação, independentemente de processo seletivo a contratação nos casos de calamidade pública, emergência ambiental e emergências em saúde pública (art. 3.º, § 1.º, da Lei 8.745/1993).

Em vários entes administrativos são celebrados contratos, mediante concurso ou seleção pública, que não se enquadram na hipótese do art. 37, IX, nem são regidos pela CLT: os direitos e deveres desses contratados norteiam-se, em grande parte, por dispositivos do Estatuto correspondente.

## 13.7 Principais normas do regime estatutário

Serão expostos, a seguir, os preceitos de mais relevo no regime jurídico estatutário, conforme reza a Constituição Federal e a maioria dos Estatutos.



### 13.7.1 *Vencimento, remuneração e subsídio*

Pelo trabalho prestado à Administração o servidor recebe pagamento em dinheiro. É comum nos estatutos haver regra proibitiva de trabalho gratuito, salvo casos previstos em lei.

Há terminologia própria nessa matéria, diferente da que vigora no setor privado. Assim, denomina-se *vencimento*, no singular, a retribuição, em dinheiro, pelo exercício de cargo ou função pública, com valor fixado em lei. Em geral, o vencimento é simbolizado por letra, número ou pela combinação de ambos, denominado *referência*; a cada referência corresponde importância em dinheiro.

Os vocábulos “*vencimentos*” ou “*remuneração*” designam o conjunto formado pelo vencimento (referência) do cargo ou função mais outras importâncias percebidas, denominadas vantagens pecuniárias.

Com a Emenda Constitucional 19/98, a Constituição Federal agora prevê mais um tipo de estipêndio, o *subsídio*, para certas categorias de servidores. A característica fundamental do subsídio está na sua fixação em *parcela única*, conforme dispõe o § 4.º do art. 39 da CF, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória. De regra, a retribuição pecuniária dos agentes públicos ocorre mensalmente; por isso, a parcela única diz respeito a cada retribuição mensal. O sentido de *parcela única*, sem qualquer acréscimo, é atenuado pela própria Constituição Federal: o § 3.º do art. 39 assegura aos ocupantes de cargos públicos vários direitos previstos para os trabalhadores do setor privado: décimo terceiro salário, salário-família, adicional noturno, remuneração por serviço extraordinário, adicional de férias; tais direitos representam acréscimos ao subsídio. Também não de ser pagas aos agentes públicos despesas decorrentes do exercício do cargo, como é o caso das diárias e ajudas de custo.

Segundo o art. 39, § 4.º, e demais dispositivos da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional 19/98, devem receber subsídio os seguintes agentes públicos: a) os membros de Poder, ou seja, parlamentares, magistrados, chefes de Executivo; b) os detentores de mandato eletivo (redundância em relação aos parlamentares e chefes de Executivo); c) os Ministros de Estado; d) os Secretários Estaduais; e) os Secretários Municipais; f) os Ministros do Tribunal de Contas da União e os conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios (art. 73, § 3.º, e art. 75); g) os integrantes do Ministério Público (art. 128, § 5.º, I, c); h) os membros da Advocacia-Geral da União, os Procuradores do Estado e do Distrito Federal e os membros da Defensoria Pública (art. 135); i) os servidores policiais (art. 144, § 9.º). Conforme o art. 39, § 8.º, a retribuição dos servidores públicos organizados em carreira poderá ser o subsídio, se assim for decidido em cada âmbito administrativo, mediante lei.

### 13.7.1.1 *Natureza*

O recebimento de retribuição pecuniária pelo trabalho prestado à Administração configura direito do servidor e reveste-se de *caráter alimentar*, sendo associada, portanto, à sua subsistência e à de seus familiares e dependentes. Daí decorrem algumas consequências, entre as quais: a) proibição de desconto, salvo por imposição legal, mandado judicial ou consentimento do servidor (v., por exemplo, art. 45 da Lei 8.112/90); b) existência de limite para descontos, que não podem exceder um percentual; c) preferência de pagamento nas decisões judiciais em face da Fazenda Pública, relativas a débitos de natureza alimentícia (CF, art. 100).

### 13.7.1.2 *Fixação e revisão*

Nos termos do art. 37, X, com a redação dada pela Emenda Constitucional 19/98, a remuneração dos servidores públicos e o subsídio somente poderão ser fixados ou alterados por *lei específica*, observada a iniciativa privativa em cada caso. Para a Administração direta e autárquica federal, a iniciativa é privativa do Presidente da República (art. 61, § 1.º, II, *a*); para o Judiciário, a iniciativa é privativa dos Tribunais (art. 96, II, *b*); o Ministério Público e os Tribunais de Contas são dotados de iniciativa privativa nos seus âmbitos (CF, art. 127, § 2.º, e art. 73, § 3.º, respectivamente). Tais poderes ou entes remetem ao Legislativo projeto de lei na matéria, com observância das normas constitucionais a respeito.

Quanto aos subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República, dos Ministros de Estado, dos Deputados Federais, dos Senadores, a competência é exclusiva do Congresso Nacional (CF, art. 49, incs. VII e VIII).

Para os Governadores, Vice-Governadores, Deputados Estaduais e Secretários de Estado, os subsídios são fixados por lei de iniciativa da Assembleia Legislativa (arts. 27, § 2.º, e 28, § 2.º, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional 19/98).

Os subsídios dos Prefeitos, Vice-Prefeitos, Secretários Municipais e Vereadores são estabelecidos por lei de iniciativa das Câmaras Municipais (Constituição Federal, art. 29, V e VI).

A fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, observado o que dispõem os arts. 39, § 4.º; 150, II; 153, III; e 153, § 2.º, I.

O subsídio dos Ministros dos Tribunais Superiores corresponde a 95% do subsídio mensal dos Ministros do STF (CF, art. 93, V). Os subsídios dos demais magistrados serão fixados por lei e escalonados, em nível federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a 10% ou inferior a 5%.

Nos termos do art. 39, § 1.º, a fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará: I – a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira; II – os requisitos para a investidura; III – as peculiaridades dos cargos.

O inc. X do art. 37 assegura a revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices, também por lei específica.

### 13.7.1.3 Irredutibilidade

Segundo o art. 37, XV, com a redação dada pela Emenda Constitucional 19/98, o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incs. XI e XIV do art. 37 e nos arts. 39, § 4.º, 150, II, 153, III, e 153, § 2.º, I.

As ressalvas possibilitam a redução da retribuição pecuniária: a) para não ser ultrapassado o limite máximo fixado no art. 37, XI; b) para coadunar a percepção de acréscimos pecuniários à regra do inc. XIV, que veda sejam computados ou acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores. Essas hipóteses de redução podem suscitar questionamentos quanto ao direito adquirido, no caso de servidores ativos ou inativos que já vinham percebendo em moldes diferentes dos acima indicados. A ressalva relativa ao art. 39, § 4.º, mostra-se redundante, pois diz respeito ao teto e à fixação de subsídio mediante lei. Os demais dispositivos ressalvados referem-se à vedação de tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente (art. 150, II) e à cobrança do imposto de renda pelos critérios da generalidade, universalidade e progressividade (art. 153, III, e § 2.º, I).

### 13.7.1.4 Limite de retribuição

A Constituição Federal estabelece um *limite máximo* de remuneração, de subsídio, de proventos de aposentadoria, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, para os ocupantes de cargos, funções e empregos públicos de todos os níveis de Administração e de todos os Poderes, aí abrangidos os detentores de mandato eletivo e demais agentes políticos. Tais percepções, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 37, XI, com a redação dada pela Emenda Constitucional 41, de 19.12.2003, publicada em 31.12.2003).

Não se computam, nos limites remuneratórios indicados no art. 37, XI, as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei (§ 11 do art. 37, acrescentado pela EC 47, de 05.07.2005, com efeitos retroativos à data da vigência da EC 41/2003); exemplos de verba indenizatória: ajuda de custo, diária, transporte (indicados na Lei 8.112/90, art. 51).

Vê-se, portanto, que o *teto* de retribuição pecuniária alcança todos os agentes públicos, de qualquer regime jurídico, inclusive os ocupantes de funções e empregos nas autarquias e fundações públicas (CF, art. 37, XI, com a redação dada pela EC 41/2003). No caso das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, se receberem recursos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral, o *teto* máximo aplica-se aos seus empregados (art. 37, § 9.º).

Devem ser observados os escalonamentos obrigatórios indicados na própria Constituição Federal, por exemplo: arts. 27, § 2.º; 29, VI; 93, V.

O *teto* alcança as percepções cumulativas, ou seja, os casos em que o agente acumula legalmente cargos, funções ou empregos públicos, aplicando-se o limite à soma das retribuições. Além da menção constante do inc. XI do art. 37, o inc. XVI do mesmo artigo, ao tratar da acumulação de cargos, remete ao inc. XI.

Em nível federal, o *teto* para todos os agentes públicos corresponde ao subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

A Emenda Constitucional 41, de 19.12.2003, publicada em 31.12.2003, alterou a redação do inc. XI do art. 37 e previu o chamado *subteto*, ou seja, fixou limites de remuneração ou subsídio nos âmbitos estadual e municipal.

Nos Estados, os agentes têm como limite de remuneração o subsídio mensal do Governador. Para os agentes do Poder Legislativo estadual, o limite situa-se no subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais.

Na esfera do Poder Judiciário, o limite é o subsídio mensal dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a 90,25% (noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento) do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do STF. Na ADIn 3.854-1, o STF, em 28.02.2007, concedeu *liminar*, dando interpretação ao art. 37, XI, na redação da EC 41/2003, e seu § 12, inserido pela EC 47/2005, para excluir a sujeição dos membros da magistratura estadual do *subteto* de remuneração, pois tal sujeição importa desigualdade em relação à magistratura federal.

O limite de 90,25% (nove inteiros e vinte e cinco centésimos por cento) do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do STF é aplicável aos membros do Ministério Público, aos procuradores e defensores públicos.

No entanto, pode haver outro *subteto*, para as demais categorias de servidores. A Emenda Constitucional 47, de 05.07.2005, faculta aos Estados e ao Distrito Federal fixar, mediante emenda às respectivas Constituições e Lei Orgânica, como limite único, o subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, limitado a 90,25% (noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento) do subsídio mensal dos Ministros do STF. Este preceito não se aplica aos subsídios dos Deputados Estaduais e Distritais e dos

Vereadores (§ 12 do art. 37, acrescentado pela EC 47/2005, com efeitos retroativos a 01.01.2004).

Nos Municípios, o limite máximo encontra-se no subsídio do Prefeito. A Emenda Constitucional 41/2003 não diferencia o teto dos agentes do Poder Executivo e do Poder Legislativo municipal.

Quanto ao *limite mínimo*, denominado *piso*, a Constituição Federal garante o recebimento de salário mínimo, ao determinar a aplicação do art. 7.º, IV, aos servidores ocupantes de cargo público. Nada impede que os Estatutos ou demais leis fixem piso maior que um salário mínimo.

Outro limite imposto pela Constituição Federal impede que os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário sejam superiores aos pagos pelo Poder Executivo (art. 37, XII).

A Constituição Federal também proíbe a equiparação ou vinculação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público, impedindo, assim, o uso de índices e a dependência de um cargo a outro, que, por exemplo, levariam a revisões automáticas e aleatórias.

#### 13.7.1.5 Vantagens

Além do vencimento correspondente ao cargo ou função (referência), outras retribuições pecuniárias, que aumentam o valor do pagamento, podem ser recebidas pelo servidor; a tais retribuições se confere o nome genérico de *vantagens*. De regra, vêm disciplinadas nos Estatutos. Várias razões ou fatos podem levar ao recebimento desses acréscimos, dentre as quais tempo de serviço, trabalho em gabinetes do escalão superior, horas trabalhadas além da jornada normal, trabalho à noite, trabalho em situação de perigo, de risco à saúde etc.

Para que essas vantagens passem a integrar os vencimentos, é necessário que a lei assim preveja: é a *incorporação*, mediante a qual a vantagem adere ao vencimento, não podendo ser suprimida dos vencimentos, salvo opção explícita do servidor. A lei poderá determinar a incorporação automática, como ocorre com o adicional por tempo de serviço; ou exigir tempo de percepção ou prever a incorporação progressiva, proporcional ao tempo de percepção. Se, no decurso da vida funcional, a mesma vantagem é recebida em diversos percentuais, a lei que permite a incorporação deverá definir o respectivo percentual.

Os acréscimos pecuniários percebidos pelo servidor não podem ser computados nem acumulados para fins de atribuição de acréscimos ulteriores (CF, art. 37, XIV).

As vantagens pecuniárias mais frequentes são os *adicionais* e as *gratificações*. Não se vislumbra com nitidez a diferença substancial entre ambos, daí por que o mesmo tipo de vantagem pode figurar como adicional em determi-

nados estatutos e figurar como gratificação em outros. Um ponto de diferença encontra-se no seguinte: de regra, considera-se que o adicional está integrado aos vencimentos, mesmo sem incorporação.

Os *adicionais* mais comuns são os seguintes: a) adicional por tempo de serviço, conferido, em geral, a cada período de cinco anos de trabalho; b) adicional de trabalho noturno (CF, art. 7.º, IX, aplicável aos servidores).

As *gratificações* mais usuais são as seguintes: a) gratificação de gabinete, para quem presta serviços em órgãos de alto escalão; b) gratificação pelo exercício de cargo ou função de chefia, direção, assessoramento; c) gratificação natalina, que é o décimo terceiro salário; d) gratificação por dedicação exclusiva; e) gratificação por tempo integral.

### 13.7.2 *Direito à permanência no cargo: estabilidade e vitaliciedade*

O direito à permanência no cargo é aferido pelo modo com que se perde o cargo. No caso de servidores que ocupam cargos, funções ou empregos em comissão, inexistente direito à permanência, porque são demissíveis ou dispensáveis *ad nutum*; tais postos são de livre exoneração ou dispensa, pela autoridade competente.

Para os servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo, a Constituição Federal, no art. 41 (redação da Emenda Constitucional 19/98), possibilita a aquisição de *estabilidade*, após três anos de exercício; trata-se da *estabilidade ordinária*. Neste caso, a *efetividade* apresenta-se como pressuposto da estabilidade ordinária. Porém, episodicamente, os textos constitucionais vêm atribuindo estabilidade a servidores, não ocupantes de cargo efetivo, que tenham cinco anos de serviço público na data em que foram promulgadas: as Constituições Federais de 1946, ADCT, art. 23; de 1967, art. 177, § 2.º; e de 1988, ADCT, art. 19, concederam *estabilidade extraordinária* – nesta hipótese, inexistente o pressuposto da efetividade, também inexistindo, como decorrência automática, a ocupação de cargo efetivo.

Ao adquirir estabilidade, de qualquer tipo, o servidor somente perderá o cargo (estabilidade ordinária) ou o vínculo de trabalho com a Administração (estabilidade extraordinária) nos seguintes casos, previstos na Constituição Federal:

- a) em virtude de sentença judicial transitada em julgado – art. 41, § 1.º, I;
- b) mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa – art. 41, § 1.º, II;
- c) mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma da lei complementar, assegurada ampla defesa – art. 41, § 1.º, III;
- d) para assegurar o cumprimento do limite de despesa com pessoal ativo e inativo, estabelecido em lei complementar (CF, art. 169, § 4.º, com a redação dada pela Emenda Constitucional 19/98). A Lei Complementar 101, de

04.05.2000 – responsabilidade fiscal –, art. 18 e ss., disciplina os limites das despesas com pessoal, de acordo com o art. 169 da CF. Note-se que a perda do cargo de servidor estável é a última providência a ser adotada, se não forem suficientes as demais providências indicadas no art. 169, § 3.º, da CF, que são: redução, em pelo menos vinte por cento, das despesas com cargos em comissão e funções de confiança; e exoneração de servidores não estáveis. O art. 169, § 7.º, da CF determina que lei federal disponha sobre as normas gerais relativas à perda do cargo de servidor estável em razão de excesso de despesa – essas normas gerais são fixadas na Lei 9.801, de 14.06.1999;

e) quando o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias descumprir requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício (§ 6.º do art. 198 da CF, acrescentado pela Emenda Constitucional 51, de 14.02.2006).

Na estabilidade ordinária, o período de três anos entre o início de exercício no cargo efetivo e a data de aquisição da estabilidade denomina-se *estágio probatório*. Segundo dispõe o § 4.º do art. 41, para a aquisição da estabilidade é obrigatória a *avaliação especial de desempenho* por comissão instituída para essa finalidade.

A avaliação desfavorável não implica exoneração automática, sumária. Há muito tempo o STF formulou a Súmula 21, do seguinte teor: “Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade”. Por sua vez, a Constituição Federal, art. 5.º, LV, assegura o contraditório e ampla defesa aos que têm controvérsias com a Administração e aos acusados em geral. Por força da referida súmula e do preceito constitucional, ao servidor em estágio probatório deve ser dada ciência prévia de sua avaliação de desempenho (contraditório) e possibilidade prévia de apresentar alegações e documentos a respeito (contraditório e ampla defesa), mesmo que o processo administrativo seja simplificado; tudo isso, reitere-se, antes de se editar ato de exoneração ou demissão.

O direito à permanência no cargo se reveste de maior força quando for assegurada *vitaliciedade*, pois a perda do cargo só ocorrerá mediante sentença judicial transitada em julgado. A Constituição Federal garante vitaliciedade aos magistrados (art. 95, I), aos membros do Ministério Público (art. 128, § 5.º, I, *a*) e aos membros dos Tribunais de Contas (arts. 73, § 3.º, e 75). Para os magistrados de primeiro grau a vitaliciedade é adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado. Os integrantes do Ministério Público também adquirem vitaliciedade após dois anos de exercício.

### 13.7.3 Acumulação de cargos

A Constituição Federal estabelece a regra da proibição de exercício simultâneo, remunerado, de cargos, funções e empregos públicos (art. 37, incs. XVI

e XVII). O preceito abrange os agentes da Administração direta e das autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e sociedades controladas direta ou indiretamente pelo poder público (art. 37, XVII, com a redação dada pela Emenda Constitucional 19/98).

Porém, no mesmo dispositivo que fixa a regra, a Constituição Federal abre exceções para os seguintes casos: a) dois cargos de professor; b) um cargo de professor com outro, técnico ou científico; o cargo técnico e o cargo científico exigem habilitação específica para seu provimento, por exemplo: o cargo de Procurador do Estado, o cargo de biólogo num instituto estatal de pesquisas; c) dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas (alínea c, com redação dada pela EC 34, de 13.12.2001). Tais exceções significam acumulações legais, configurando direito de quem se encontra aí enquadrado. As acumulações podem ocorrer em níveis diferentes de Administração ou no mesmo nível. A Constituição Federal condiciona a acumulação à compatibilidade de horários.

A Constituição Federal prevê, ainda, duas outras hipóteses de acumulação legal: o cargo de juiz e um cargo ou função de magistério (art. 95, parágrafo único, I); um cargo no Ministério Público e um cargo ou função de magistério (art. 128, § 5.º, II, d).

Duas questões habitualmente afloram nessa matéria. Uma diz respeito à possibilidade de exercício simultâneo de dois postos, percebendo-se uma só remuneração: se a Constituição Federal veda a acumulação remunerada, inexistente impedimento legal à acumulação de cargos, funções ou empregos se não houver duas remunerações.

Outra questão relativa à acumulação de cargos refere-se à situação de antigos servidores públicos, já *aposentados*, que exercem ou pretendem exercer cargo, função ou emprego público. Trata-se de caso de *percepção de proventos de aposentado simultaneamente à percepção de vencimentos pelo exercício de cargo, função ou emprego público*. A Constituição Federal de 1988, no texto original, silenciou a respeito, daí surgindo dúvidas quanto à viabilidade da hipótese acima exposta. Mas a Emenda Constitucional 20/98, que modificou o sistema de previdência, acrescentou o § 10 ao art. 37, disciplinando a questão nos seguintes termos: é vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria de servidor civil ou militar com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, com exceção dos cargos acumuláveis na forma da própria Constituição, dos cargos eletivos e dos cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. Segundo o art. 11 da Emenda Constitucional 20/98, essa proibição não se aplica às situações passadas, ou seja, aos membros de poder e aos inativos, servidores e militares que, até a publicação dessa Emenda (16.12.1998), tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal; a tais servidores é proibida a percepção de mais



de uma aposentadoria pelo regime do art. 40, ficando sujeitos ao teto do art. 37, XI.

#### 13.7.4 *Exercício de mandato eletivo*

A Constituição Federal, no art. 38, com a redação dada pela Emenda Constitucional 19/98, disciplina a situação de servidor da Administração direta, das autarquias e fundações públicas que passa a exercer *mandato eletivo*. Em qualquer caso, o servidor não perde o cargo, função ou emprego. Se o servidor for eleito Presidente ou Vice-Presidente da República, Senador, Deputado Federal, Governador ou Vice-Governador, ou Deputado Estadual, permanecerá afastado, com prejuízo dos vencimentos, subsídio ou salário. Investido no mandato de Prefeito, ficará afastado, podendo optar entre a retribuição do cargo, função ou emprego e a de Prefeito. Se for eleito Vereador, duas situações podem surgir: a) compatibilidade de horários entre as sessões da Câmara Municipal e a jornada de servidor, caso em que exercerá os dois vínculos, recebendo pagamento por ambos; b) ausência de compatibilidade de horários, acarretando o afastamento do cargo, função ou emprego, com a faculdade de optar pela sua remuneração.

Em todos os casos de afastamento para exercício de mandato eletivo, o tempo de serviço será contado para todos os efeitos legais, inclusive de benefício previdenciário, exceto para fins de promoção por merecimento (art. 38, IV). Para efeito de benefício previdenciário, no caso de afastamento, os valores serão determinados como se estivesse no exercício (art. 38, V).

#### 13.7.5 *Férias e décimo terceiro salário*

A Constituição Federal, no art. 39, § 3.º, determina a aplicação, aos servidores ocupantes de cargos públicos, do preceito relativo às *férias* dos trabalhadores do setor privado (art. 7.º, XVII). Portanto, é assegurado a tais servidores o gozo de férias anuais remuneradas, com pelo menos um terço a mais do que o salário normal. Os Estatutos, em geral, estabelecem o período de 30 dias anuais de férias. O acréscimo de um terço, no Estatuto Federal, é denominado *adicional de férias* e independe de solicitação. Vários pontos da matéria são disciplinados em cada nível administrativo, por exemplo, possibilidade de acumular períodos de férias, conversão em dinheiro das férias não gozadas, contagem em dobro do tempo correspondente a férias não gozadas.

A Constituição Federal assegurou aos servidores ocupantes de cargos públicos o recebimento do *décimo terceiro salário* (art. 7.º, VIII, e § 3.º do art. 39), direito antes concedido genericamente apenas aos empregados do setor privado: no setor público, dependia de lei editada em cada nível. O direito ao décimo terceiro salário hoje vigora em todos os níveis, por força da Constituição Federal. Estende-se aos aposentados e tem por base a remuneração integral ou valor da aposentadoria, nos termos do mesmo inc. VIII.

### 13.7.6 Licenças

As licenças, também denominadas *afastamentos*, são períodos em que o servidor deixa de exercer atribuições do seu cargo, função ou emprego, por razões apontadas na lei, podendo perceber ou não perceber seus vencimentos. Algumas licenças configuram direito dos servidores; outras dependem de apreciação de mérito, pela autoridade administrativa.

Duas licenças remuneradas, previstas entre os direitos sociais dos trabalhadores do setor privado, aplicam-se aos servidores (CF, art. 39, § 3.º, e art. 7.º, XVIII e XIX): a licença à gestante, de 120 dias, sem prejuízo do cargo, emprego ou função; e a licença-paternidade, que os Estatutos em geral fixam em 5 dias consecutivos.

Outras licenças remuneradas vêm habitualmente disciplinadas nos Estatutos, por exemplo: para tratamento da saúde; por motivo de doença em pessoa da família (a lei arrola quais são os familiares); licença-prêmio por assiduidade; para estudo ou missão no exterior.

Dentre as não remuneradas se inclui a licença para tratar de assuntos particulares, a critério da Administração.

### 13.7.7 Direito de greve

Durante muito tempo, na maioria dos ordenamentos, foi proibida a *greve de servidores públicos*, em virtude, sobretudo, do *princípio da continuidade*, visando a impedir que fossem interrompidas atividades necessárias ao atendimento do interesse público.

Hoje, na maioria dos ordenamentos, vigora a regra oposta, reconhecendo-se o direito de greve ao servidor público. A Constituição Federal segue essa linha, dispondo que o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica (art. 37, VII, com a redação dada pela Emenda Constitucional 19/98, pois o texto original previa lei complementar).

A Constituição Federal remete a disciplina da greve dos servidores a uma lei específica, que estabelecerá os termos e limites desse direito. No entanto, passados vários anos desde a promulgação da Constituição Federal, não foi editada a referida lei. Daí terem surgido, pelo menos, três entendimentos: a) a ausência de lei não elimina esse direito, que o servidor poderá exercer; b) a ausência de lei impede o servidor de exercer o direito de greve; c) a ausência de lei não tem o condão de abolir o direito reconhecido pela Constituição Federal, devendo-se, por analogia, invocar preceitos da lei referente à greve dos trabalhadores do setor privado (Lei 7.783, de 28.06.1989), em especial quanto a serviços essenciais.

Num primeiro momento, a jurisprudência pátria se direcionou pela segunda orientação, decidindo que o inc. VII do art. 37 não é autoaplicável, não se podendo falar de greve do servidor público (v. STJ, Rec. MS 2.671, jun.

1993, RDA 194, p. 107-109). No entanto, várias greves de servidores vêm ocorrendo desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, sem que as autoridades administrativas se valessem da orientação jurisprudencial para instaurar processos disciplinares contra seus participantes. Essa é a realidade, e mais adequado parece levá-la em conta para adotar o terceiro entendimento: adotado este, buscar-se-ia, por analogia com a lei de greve do setor privado e com base nos princípios do direito administrativo, conciliar o direito de greve do servidor e a continuidade das atividades administrativas, para que a população não sofra as consequências da interrupção de serviços públicos, como assistência médica, ensino, transporte de qualquer tipo, fornecimento de água, energia elétrica, telefone, por exemplo. Na maioria dos ordenamentos estrangeiros, mediante lei ou na ausência de lei, duas medidas em especial vêm sendo adotadas, visando àquela conciliação: obrigatoriedade de comunicação prévia, em prazo razoável (dez dias, uma semana, por exemplo), da realização da greve, para que a Administração tome providências a respeito; e manutenção de um percentual de atividades em funcionamento (trinta por cento, vinte por cento, por exemplo) para impedir colapso total.

Desde a 1.<sup>a</sup> edição deste livro constou o texto acima, no sentido da adoção do terceiro entendimento, da alínea c supra, para se invocar na greve dos servidores públicos, por analogia, a Lei 7.783/89. Em outubro de 2007, o STF fixou entendimento nesta linha, enquanto não se editar a lei de greve dos serviços públicos. Assim, parâmetros contidos na Lei 7.783/89 vigoram para o setor público, na ausência da lei específica, por exemplo: nos serviços essenciais deve haver comunicação da greve, com antecedência de setenta e duas horas, e deve ser mantido percentual de serviços em funcionamento; sanções previstas podem ser impostas.

### 13.7.8 Sindicalização

No art. 37, VI, a Constituição Federal garantiu ao servidor público civil o *direito à livre associação sindical*. O reconhecimento desse direito também representa mudança da orientação vigente por muitas décadas, impeditiva da formação de sindicatos de servidores. A Constituição Federal não condiciona à lei o exercício desse direito. No que for compatível, aplicam-se aos sindicatos de servidores as disposições do art. 8.º e incisos, dentre as quais: inexistência de autorização estatal para fundação de sindicato; necessidade de registro no órgão competente; proibição de interferência e intervenção do poder público na organização sindical; ninguém é obrigado a filiar-se a sindicato ou a manter-se filiado; proibição de dispensa de servidor sindicalizado, a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, mesmo suplente, até um ano após o fim do mandato, salvo se cometer falta grave (o Estatuto Federal, editado após a Constituição Federal de 1988, prevê afastamento para desempenho de mandato classista – art. 92); legitimidade

do sindicato para defender os direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, na via administrativa e jurisdicional (art. 8.º, III, e art. 5.º, LXX, *b*).

### 13.7.9 Aposentadoria e pensão

*Aposentadoria*, no setor público, significa a cessação do exercício das atividades junto a órgãos ou entes estatais, com o recebimento de retribuição denominada *proventos*. Daí empregar-se o vocábulo *inativo* para designar o servidor aposentado.

No direito pátrio, o tratamento conferido à aposentadoria de quem trabalha no setor público (não submetido à CLT) difere do tratamento dado à aposentadoria de quem trabalha no setor privado.

Um dos pontos de diferença em relação ao setor privado dizia respeito ao *custeio*. Na maior parte dos entes administrativos, o servidor não pagava contribuição social para sua aposentadoria; os recolhimentos compulsórios previdenciários visavam, de regra, à pensão a dependentes em caso de falecimento; as aposentadorias eram concedidas e mantidas com recursos públicos.

A Emenda Constitucional 20/98 – Emenda da Previdência – instituiu, para os servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas as autarquias e fundações, o regime de previdência de caráter *contributivo e solidário*. O regime de caráter contributivo é aquele em que há contribuição direta do servidor para que este tenha direito à aposentadoria; além disso, há também o aporte de recursos do respectivo ente estatal. Com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento dos proventos de aposentadoria e pensões concedidas aos respectivos servidores e dependentes, em adição aos recursos dos respectivos tesouros, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão constituir *fundos* integrados pelos recursos provenientes de contribuições e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, mediante lei que disporá sobre a natureza e administração desse fundo (art. 249).

No entanto, o parágrafo único do art. 149 da Constituição Federal somente facultava aos Estados, Distrito Federal e Municípios instituir contribuição dos seus servidores para o custeio da previdência. Daí muitos Estados e Municípios não a terem criado.

A Emenda Constitucional 41, de 19.12.2003, publicada em 31.12.2003, alterou a redação do § 1.º do art. 149 (a partir da Emenda Constitucional 33/2001 foram acrescentados novos parágrafos ao art. 149), para determinar que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituíam 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, que é de 11% (onze por cento). Desse modo, por força da EC 41/2003, os servidores públi-

cos de todos os níveis federativos pagam contribuição previdenciária de 11% (onze por cento).

Na esfera federal, o Estatuto, desde sua edição em 11.12.1990, inclui a aposentadoria entre os benefícios do Plano de Seguridade Social (art. 185, I, a). As contribuições obrigatórias dos servidores federais para custear esse Plano foram previstas a partir da Emenda Constitucional 3/93, ao acrescentar o § 6.º ao art. 40 da Constituição Federal (hoje com outra redação), determinando, além dos recursos da União, contribuição dos servidores para custeio das aposentadorias e pensões.

No âmbito da União, após a edição da Lei 12.618, de 30.04.2012 – instituiu o regime de previdência complementar dos servidores federais, houve alteração na base de incidência da contribuição previdenciária, pois a mesma Lei deu nova redação ao art. 4.º da Lei 10.887/2004; assim, a contribuição previdenciária do servidor público federal ativo incide sobre: I – a totalidade da base de contribuição, no caso de servidor que tenha ingressado no serviço público até a data de instituição do regime de previdência complementar dos servidores federais e não tiver optado por aderir a este; II – a parcela da base de contribuição que não exceder ao limite máximo para os benefícios do regime geral de previdência social, nos casos de: a) servidor ingressante no serviço público até a data da instituição do regime de previdência complementar, se tiver optado pelo mesmo; b) servidor ingressante a partir da data de instituição do regime de previdência complementar, independentemente de adesão ao mesmo.

Após a promulgação da Emenda Constitucional 20/98 foi editada a Lei 9.717, de 27.11.1998 (com alterações posteriores), fixando normas gerais sobre a previdência dos servidores públicos, a serem observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ao instituírem seus regimes próprios.

Agora, segundo o § 18 do art. 40, acrescentado pela Emenda Constitucional 41/2003, incidirá contribuição também sobre os proventos de aposentadoria e pensões concedidas pelo regime do art. 40 que superem o limite máximo dos benefícios do regime geral de previdência social. Por força do § 21 do art. 40, acrescentado pela EC 47/2005, a contribuição previdenciária incidirá apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e de pensão que superem o *dobro* do limite máximo fixado para os benefícios do regime geral de previdência social, quando o beneficiário, na forma da lei, for portador de doença incapacitante.

Tendo em vista que a Emenda Constitucional 41, de 19.12.2003, publicada em 31.12.2003, trouxe nova disciplina para a previdência dos servidores públicos, foi editada medida provisória, convertida na Lei 10.887, de 18.06.2004, dispondo sobre a aplicação da referida Emenda e alterando dispositivos da Lei 9.717, de 27.11.1998.

Quanto aos empregados de sociedades de economia mista e empresas públicas, integram o sistema previdenciário do INSS e, em muitos casos, complementam tais aposentadorias pelos chamados *fundos de pensão*, custeados em parte pelos empregados e em parte pela respectiva estatal; exemplos de fundos de pensão: Petros, CEF.

A Emenda Constitucional 41/2003 também traz regras de transição, relativas à situação de quem, na data de sua promulgação, já completara os requisitos para a aposentadoria e relativas a quem já ingressara no serviço público naquela data.

#### 13.7.9.1 *O atual regime de aposentadoria para os ocupantes de cargos efetivos*

A Emenda Constitucional 20, de 15.12.1998, alterara o regime de aposentadoria dos servidores públicos, ao dar nova redação ao art. 40, parágrafos e incisos, da Constituição Federal. A Emenda Constitucional 41, de 19.12.2003, publicada em 31.12.2003, modificou novamente o art. 40, parágrafos e incisos, a fim de implantar novas regras para a aposentadoria e pensões do setor público, ainda prevalecendo alguns dispositivos decorrentes da Emenda 20/98. Novas alterações foram efetuadas pela Emenda Constitucional 47, de 05.07.2005.

Quanto à *aposentadoria dos servidores titulares de cargos efetivos*, são previstas as seguintes modalidades:

I – *Aposentadoria por invalidez permanente*. Os proventos são proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei (art. 40, § 1.º, I, com redação dada pela EC 41/2003).

O vocábulo *proporcionais* significa a relação entre o número de anos em tempo de contribuição exigido para a aposentadoria voluntária e o tempo de contribuição existente até a data do ato de aposentadoria; assim, por exemplo, se o servidor tiver 25 anos de contribuição e for mulher, a proporção se traduz na equação 25 sobre 30, aplicada aos vencimentos da atividade, pois 30 anos é o tempo mínimo de contribuição para a servidora pleitear a aposentadoria voluntária.

II – *Aposentadoria compulsória, aos setenta anos de idade*, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

III – *Aposentadoria voluntária*, desde que o servidor tenha cumprido tempo mínimo de 10 anos de efetivo exercício no serviço público e 5 anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) 60 anos de idade e 35 de contribuição, se homem, e 55 anos de idade e 30 de contribuição, se mulher;

b) 65 anos de idade, se homem, e 60 anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição; trata-se da chamada *aposentadoria por idade*, desde que atendidos os demais requisitos.

Os requisitos de idade e tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, no caso do item *a supra*, para o professor que tenha tempo exclusivamente de efetivo exercício das funções de *magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio* (§ 5.º do art. 40, na redação da EC 20/98, não alterada pela EC 41/2003). Para os fins deste último dispositivo foi alterada a Lei 9.394/96 – diretrizes e bases da educação nacional –, para acrescentar o § 2.º ao art. 67, no qual se fixa o sentido da expressão *funções de magistério*, da seguinte forma: as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.

Aos Ministros e conselheiros dos Tribunais de Contas, aos magistrados e aos integrantes do Ministério Público aplicam-se as regras do art. 40 (EC 20/98, que deu nova redação aos arts. 73, § 3.º, 93, VI, e 129, § 4.º, da CF).

Vê-se que deixa de existir a aposentadoria voluntária somente por tempo de serviço, pois deve haver a combinação de critérios de mínimo tempo de contribuição, idade, tempo mínimo de efetivo exercício no serviço público e tempo mínimo de exercício no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria. Na aposentadoria prevista no item *b, supra*, não se exige tempo mínimo de contribuição, mas idade mínima, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

Ficaram abolidas a aposentadoria proporcional por tempo de serviço, a aposentadoria especial dos docentes do ensino superior e a aposentadoria especial dos magistrados, dos integrantes do Ministério Público e dos Tribunais de Contas. O § 4.º do art. 40 veda a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos servidores titulares de cargos efetivos, ressalvados, na forma de lei complementar, os casos de servidores: I – portadores de deficiência; II – que exerçam atividades de risco; III – cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais danosas à saúde ou à integridade física (redação dada pela EC 47/2005).

Observe-se que o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição (EC 20/98, art. 4.º). O tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria, não podendo a lei estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício (art. 40, §§ 9.º e 10, na redação da EC 20/98). Segundo o art. 201, § 9.º, da CF, é assegurada, para fins de aposentadoria, a *contagem recíproca* do tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade

privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência se compensarão, segundo critérios fixados em lei. A Lei 9.796, de 05.05.1999, disciplinou essa matéria.

Quanto aos *proventos*, ou seja, a retribuição pecuniária recebida pelo aposentado, o § 3.º do art. 40, com a redação dada pela Emenda 41/2003, determina que seu cálculo, por ocasião da concessão, deverá considerar as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam o art. 40 e o art. 201, na forma da lei. Desse modo, a EC 41/2003, em redação confusa dada ao § 3.º do art. 40, extinguiu a percepção dos proventos com base na remuneração do servidor no cargo efetivo, dando a entender que seu cálculo se efetuará pela média das contribuições. Todos os valores considerados para o cálculo dos proventos serão atualizados na forma da lei (§ 17 do art. 40, acrescentado pela EC 41/2003).

A Lei 10.887, de 18.06.2004 (resultante de conversão de medida provisória), no art. 1.º, prevê o seguinte: em todos os poderes e níveis estatais, inclusive autarquias e fundações, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes previdenciários, correspondentes a 80% de todo o período desde julho de 1994 ou desde o início da contribuição, se posterior àquela competência. Segundo o § 1.º do art. 1.º da mesma lei, estas remunerações consideradas no cálculo do valor dos proventos terão seus valores atualizados mês a mês, de acordo com a variação integral do índice fixado para a atualização dos salários de contribuição considerados no cálculo dos benefícios do regime geral de previdência.

De seu lado, o § 14 do art. 40 permitiu que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituíam *regime de previdência complementar* para seus respectivos servidores efetivos, fixem, para o valor das aposentadorias a serem concedidas pelo regime do art. 40, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral da previdência privada. O regime de previdência complementar será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por meio de entidades fechadas de previdência, de natureza pública, que oferecerão aos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida (§ 15 do art. 40, com a redação dada pela EC 41/2003). Nos termos do § 16 do art. 40, somente mediante sua prévia e expressa opção esse regime poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato que instituir o correspondente regime de previdência complementar.

Segundo o § 2.º do art. 40, os proventos de aposentadoria, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria.



Nos termos do § 8.º do art. 40, na redação dada pela EC 41/2003, é assegurado *reajustamento* dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei. Assim, deixa de haver, para os servidores alcançados pelas novas regras, a chamada *paridade* quanto à revisão dos proventos dos inativos em equivalência a reajustes da remuneração dos servidores em atividade.

Ainda quanto aos proventos, cabe notar que os limites previstos no art. 37, XI, aplicam-se à soma total dos proventos de inatividade, inclusive quando decorrentes de acumulação de cargos, funções e empregos, e ao montante da soma de proventos de inatividade com retribuição de cargo acumulável na forma da Constituição Federal, de cargo em comissão e de cargo eletivo. Esse dispositivo pode suscitar questionamento com base no direito adquirido, pelos servidores que já vinham exercendo cargos acumulados legalmente.

#### 13.7.9.2 *Aposentadoria de ocupantes de cargos em comissão, de funções temporárias e celetistas*

Para os servidores ocupantes, exclusivamente, de cargo em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração, e para os servidores ocupantes de funções ou cargos temporários ou de empregos públicos (celetistas), o § 13 do art. 40 determina a aplicação do *regime geral da previdência social*, que é o regime destinado àqueles que trabalham no setor privado, previsto, em linhas gerais, no art. 201 da CF, na redação dada pelas Emendas Constitucionais 20/98 e 47/2005. O dispositivo suscita indagação quanto à sua aplicação aos servidores temporários ou ocupantes de cargo em comissão que já detinham essa condição *antes* da promulgação da Emenda Constitucional 20/98, sobretudo no tocante àqueles com muito tempo de serviço (por exemplo, 20 anos), isso porque em vários âmbitos de administração esses servidores têm seus direitos e deveres norteados, em grande parte, pelo regime estatutário. Parece incoerente, após vários anos norteados pelo regime estatutário, ter sua aposentadoria regulada pelo regime geral de previdência social – melhor parece aplicar o preceito somente aos que ingressem nesses cargos e funções *após* a promulgação da Emenda Constitucional 20/98.

#### 13.7.9.3 *Regime de previdência complementar*

O § 14 do art. 40, na redação dada pela Emenda Constitucional 20/98, possibilita que União, Estados, Distrito Federal e Municípios instituem regime de previdência complementar para os respectivos servidores titulares de cargos efetivos. Instituído o regime de previdência complementar para os respectivos servidores efetivos, poderão fixar, para o valor dos proventos, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral da previdência privada, referido no art. 201 da CF. Como o próprio nome diz, a previdência complementar visa, essencialmente, a suprir a diferença entre a retribuição percebida pelo

servidor quando em atividade e o que percebe como proventos, se houver essa diferença.

Conforme se depreende do art. 40, § 16, o regime de previdência complementar é facultativo para os servidores que tiverem ingressado no serviço público até a data do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar.

Conforme o § 15 do art. 40, na redação dada pela EC 41/2003, o regime de previdência complementar será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e parágrafos, no que couber, por meio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.

Note-se que os planos de benefícios, no tipo *contribuição definida*, não fixam previamente o valor do benefício a ser auferido futuramente. Ou seja, o servidor paga a contribuição sem saber quanto receberá para complementar seus proventos.

A Lei 12.618, de 30.04.2012, instituiu o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais, titulares de cargos efetivos, aí incluídos os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União. Para os efeitos dessa Lei consideram-se membros do Tribunal de Contas da União os Ministros, os Auditores e os Subprocuradores-gerais e Procuradores do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União (art. 4º, § 3º, da Lei 12.618/2012).

Alguns aspectos da Lei 12.618/2012 serão apontados a seguir.

O art. 4.º da referida Lei autoriza a União a criar as seguintes entidades fechadas de previdência complementar, estruturadas na forma de fundação, de natureza pública, com personalidade jurídica de direito privado: I – Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo – Funpresp-Exe, por meio de ato do Presidente da República; II – Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Legislativo – Funpresp-Leg, por meio de ato conjunto dos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; III – Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal Poder Judiciário – Funpresp-Jud, por meio de ato do Presidente do Supremo Tribunal Federal. Por ato conjunto das autoridades competentes para a criação dessas fundações poderá ser criada fundação que abranja os servidores públicos de dois ou dos três Poderes (art. 4.º, § 3.º).

As referidas entidades fechadas de previdência complementar serão mantidas por suas receitas, oriundas de contribuição da União, suas autarquias e fundações, demais órgãos federais (patrocinadores), de contribuição dos servidores públicos federais abrangidos (participantes), de resultados

financeiros de suas aplicações, de doações e legados de qualquer natureza (art. 10).

A supervisão e fiscalização dessas fundações e dos seus planos de benefícios competem ao órgão fiscalizador das entidades fechadas de previdência complementar – Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc, autarquia especial criada pela Lei 12.154/2009.

A contribuição do patrocinador (órgão ou ente público federal) e do participante (servidor público federal) incidirão sobre a parcela da base de contribuição que exceder o limite máximo do valor dos benefícios do regime geral de previdência social, observado o limite previsto no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal (art. 16 da Lei 12.618/2012).

#### 13.7.9.4 *Acumulação de proventos ou de proventos com outra retribuição de inatividade*

No sistema novo, fica proibida a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime instituído pelo art. 40 para os servidores ocupantes de cargos efetivos (§ 6.º), ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma da Constituição Federal. Pode-se deduzir, então, que será admitida a acumulação de proventos de aposentadoria nos seguintes casos:

a) proventos dos cargos acumuláveis na forma da Constituição: dois cargos de professor; um cargo de professor e um cargo técnico ou científico; dois cargos privativos de profissionais da saúde, com profissões regulamentadas; um cargo de juiz e uma atividade de magistério; um cargo de promotor e uma atividade de magistério;

b) proventos decorrentes de acumulação de proventos com o exercício de cargo em comissão ou de cargo eletivo, quando houver aposentadoria do servidor nestes últimos;

c) proventos pelo regime antigo de aposentadoria dos servidores e pelo regime novo do art. 40 (lembre-se que o art. 11 da Emenda Constitucional 20/98 ressalva da proibição de acumular proventos e retribuição de atividade os agentes públicos que, até a publicação dessa Emenda, tenham ingressado novamente no serviço público por concurso e pelas demais formas previstas na Constituição Federal, sendo-lhes proibida a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime do art. 40);

d) proventos pelo regime novo do art. 40 e pelo regime geral de previdência do art. 201;

e) proventos pelo regime antigo de aposentadoria dos servidores e aposentadoria pelo regime geral de previdência do art. 201.

Na acumulação de proventos ou de proventos com outras retribuições de inatividade deve ser observado o limite previsto no art. 37, XI (art. 40, § 11).

### 13.7.9.5 *Acumulação de proventos com remuneração, subsídio ou salário*

De acordo com o § 10, que a Emenda Constitucional 20/98 acrescentou ao art. 37 da CF, é vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 (e dos arts. 42 e 142 – servidores militares) com remuneração de cargo, emprego ou função pública em atividade. Diante dessa proibição, o servidor que se aposentar pelo regime dos ocupantes de cargo efetivo não poderá, depois, exercer outro cargo efetivo, ter função temporária ou ser celetista no âmbito público. No entanto, o mesmo § 10 do art. 37 indica as exceções à proibição: a) acumulação de proventos com remuneração da atividade nos casos de cargos acumuláveis na forma da Constituição Federal (v. item 13.7.3 – acumulação de cargos); b) acumulação de proventos com subsídio de cargo eletivo; c) acumulação de proventos com remuneração de cargo em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Nessas acumulações deve ser observado o teto indicado no art. 37, XI.

Em qualquer caso, não há impedimento à acumulação de proventos de aposentadoria de cargo público com emprego no setor privado.

### 13.7.9.6 *Regras de transição*

Em geral, quando se vai implantar um novo regime em matéria de pessoal da Administração, há normas que disciplinam a situação de quem já poderia exercer direitos segundo o regime antigo, pois preencheu totalmente os requisitos para exercê-los e ainda não o fizeram. Por vezes as regras de transição também cuidam da situação daqueles que preencheram parcialmente os requisitos elencados no sistema antigo.

A Emenda Constitucional 20/98 continha regras de transição que foram alteradas pela Emenda Constitucional 41, de 19.12.2003, publicada em 31.12.2003, e pela Emenda Constitucional 47/2005. Tais mudanças podem suscitar questionamentos, pois as regras de transição dizem respeito a situações relativas a determinado momento, não podendo ser alcançadas retroativamente.

Ressalte-se, de início, que, no atinente à situação daqueles que já cumpriram todos os requisitos para obtenção de aposentadoria, o art. 3.º da Emenda Constitucional 41/2003 usa a expressão genérica *servidores públicos*, sem especificação alguma quanto ao tipo de vínculo mantido com o poder estatal. Daí poder se inferir que os direitos assegurados pelo art. 3.º se aplicam a todos os *servidores públicos* (estatutário, temporário ou precário, ocupante de cargo em comissão), desde que tenham preenchido os requisitos para obter a aposentadoria até a data da publicação da Emenda Constitucional 20/98 (16.12.1998) ou até a data da publicação da Emenda Constitucional 41/2003 (31.12.2003). A EC 20/98 continha dispositivo similar.

### 13.7.9.6.1 Situação de quem preencheu todos os requisitos para se aposentar pelo regime anterior

O art. 3.º da Emenda Constitucional 41/2003 assegura a concessão de aposentadoria, a qualquer tempo, aos *servidores públicos* que, até a data da publicação da Emenda – 31.12.2003 –, tenham cumprido os requisitos para sua obtenção, com base nos critérios da legislação então vigente. Deduz-se, então, o seguinte: a) aplicação desse preceito a todos os servidores públicos, como já se disse; b) cumprimento, até a data da publicação da Emenda 20/98 – 16.12.1998 – ou da Emenda 41 – 31.12.2003 –, de todos os requisitos para aposentar-se pelo regime anterior; c) o servidor, nessa situação, poderá requerer a aposentadoria a *qualquer tempo*, pois o direito a ter sua aposentadoria segundo os critérios da legislação então vigente está garantido pelo art. 3.º da EC 41/2003, como *direito adquirido*, podendo o servidor exercê-lo no futuro. O § 3.º do art. 3.º da Emenda 20/98, não revogado pela Emenda 41/2003, mantém todos os direitos e garantias assegurados nas disposições constitucionais vigentes à data da publicação da Emenda àqueles que já cumpriram, naquela data, os requisitos para usufruírem de tais direitos.

Quanto aos *proventos*, o § 2.º do art. 3.º prevê que serão calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidas as prescrições nela estabelecidas para a concessão da aposentadoria ou nas condições da legislação vigente. Esta última expressão (*nas condições da legislação vigente*) revela-se dúbia, não podendo ser interpretada de modo contrário ao direito adquirido e ao teor do *caput* do artigo. E a legislação vigente antes da EC 41/2003 previa proventos integrais.

Os proventos dos servidores, nesta situação, quando se aposentarem, serão revistos na mesma proporção e data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores ativos, sendo-lhes estendidos quaisquer benefícios concedidos a estes, inclusive em virtude de transformação ou reclassificação do cargo em que se deu a aposentadoria (art. 7.º da EC 41/2003).

Nos termos do § 1.º do art. 3.º, o servidor nessa situação que opte por permanecer em atividade tendo completado as exigências para a aposentadoria voluntária e que conte com, no mínimo, 25 (vinte e cinco) anos de contribuição (ou serviço), se mulher, ou 30 (trinta) anos de contribuição (ou serviço), se homem, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária, até completar as exigências para a aposentadoria compulsória.

A *contribuição previdenciária* dos servidores nesta situação mostra-se inconstitucional por ferir direito adquirido, afetando situação já fechada sob normas anteriores, podendo afirmar-se o mesmo quanto aos *subtetos*.

### 13.7.9.6.2 Situação de quem já era aposentado

O § 3.º do art. 3.º da Emenda Constitucional 20/98 mantém, para os servidores aposentados, pensionistas, civis e militares, anistiados e ex-combatentes, todos os direitos e garantias assegurados nos dispositivos constitucionais vigentes na data da publicação daquela Emenda, determinando a aplicação a tais situações do teto indicado no art. 37, XI. Os direitos de quem se encontra nesta situação se consolidaram.

A EC 41/2003 não contém preceito similar. Tal previsão nem seria necessária ante as garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, presentes no art. 5.º, XXXVI, da Constituição Federal.

Um dos dispositivos da EC 41/2003 que poderá repercutir na situação de quem já era aposentado antes de sua vigência situa-se na fixação de limites máximos de remuneração, sobretudo nos Estados, Distrito Federal e Municípios – *subtetos*. Na esfera federal permanece como limite máximo o subsídio mensal dos Ministros do STF, já indicado na EC 19/98. Tais limites, na redação da EC 41/2003, alcançariam os proventos que já vinham sendo percebidos, cumulativamente ou não.

Se aplicados aos que se aposentaram antes da publicação da EC 41/2003, tais limites mostram-se inconstitucionais, por ferirem o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, afetando situação já fechada sob normas anteriores, que não previam tais limites.

Quanto ao *inativo que acumula proventos*, por ter exercido legalmente dois cargos, empregos ou funções, tais limites representam verdadeiro *confisco* e lesão aos princípios da boa-fé e segurança jurídica – o ordenamento possibilitou e possibilita acumulação remunerada de alguns cargos, o que implica mais trabalho, mais esforço, mais cansaço, não se podendo aplicar preceito de modo a impedir o exercício de direito assegurado pela própria Constituição.

No tocante ao *aposentado que recebe ou passa a receber pensão*, também representa confisco, lesão à boa-fé, à segurança jurídica e a direitos assegurados pela própria Constituição o corte total ou parcial seja do recebimento da pensão, seja dos proventos de aposentado, sob justificativa de teto ou subteto.

Outro preceito da EC 41/2003 que pode afetar a situação dos inativos diz respeito à *contribuição previdenciária*. A nova redação do art. 40 menciona a contribuição dos inativos que também vem referida no art. 4.º, *caput*, da citada Emenda. O percentual da contribuição é igual ao fixado para os servidores efetivos em atividade.

O parágrafo único do art. 4.º previu a incidência da contribuição previdenciária apenas sobre a parcela dos proventos que supere: I – cinquenta por cento do limite máximo dos benefícios do regime geral da Previdência, para inativos dos Estados, Distrito Federal e Municípios; II – sessenta por cento do mesmo limite para os inativos da União. O limite máximo dos benefícios do

regime geral da Previdência foi fixado, pelo art. 5.º da citada Emenda, em R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), devendo ser reajustado de forma a preservar seu valor, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral.

Porém, no julgamento das ADIn 3.105-8 e 3.128-7 (DOU e DJU de 27.08.2004), o STF decidiu pela inconstitucionalidade das expressões “cinquenta por cento” e “sessenta por cento”, contidas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 4.º da EC 41/2003, aplicando-se então à hipótese o § 18 do art. 40 da Constituição Federal. Ou seja, a contribuição previdenciária incidirá sobre a parcela dos proventos que superem o limite máximo fixado para os benefícios do regime geral da previdência social. Com tal decisão, ficou elevada a importância além da qual recai a contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas.

No caso de portador de doença incapacitante, a contribuição previdenciária incidirá apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e de pensão que superem o dobro do limite máximo para os benefícios do regime geral de previdência (§ 21 do art. 40, acrescentado pela EC 47/2005).

A contribuição dos inativos é eivada de inconstitucionalidade, sobretudo por ferir direito adquirido, afetando situação já fechada sob normas anteriores, que não previam tal contribuição. No entanto, o STF, no julgamento das ADIn 3.105-8 e 3.128-7 (DOU de 27.08.2004), não viu inconstitucionalidade na contribuição dos inativos.

Quanto à revisão dos proventos de quem já era inativo em 31.12.2003, será efetuada na mesma proporção e data da revisão dos vencimentos dos ativos, sendo-lhes aplicados quaisquer benefícios concedidos a estes, inclusive por força de transformação ou reclassificação do cargo em que se deu a aposentadoria (art. 7.º da EC 41/2003).

#### 13.7.9.6.3 Situação de quem tenha ingressado em cargo efetivo até a data da publicação da Emenda 20/98

Note-se, de início, que, segundo o art. 4.º da Emenda Constitucional 20/98, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição.

Observe-se, ainda, que a EC 20/98 continha regras de transição que foram alteradas pela EC 41/2003, o que pode suscitar questionamentos, pois tais normas dizem respeito a situações referenciadas a um determinado momento, não podendo ser afetadas retroativamente.

As regras de transição foram alteradas novamente pela EC 47/2005, com efeitos retroativos a 1.º.01.2004. Assim, aos servidores nesta situação o art. 3.º da EC 47/2005 propicia as seguintes opções:

- a) aposentadoria pelas normas do art. 40 da CF;
- b) aposentadoria pelas regras do art. 2.º da EC 41/2003;
- c) aposentadoria nos moldes do art. 6.º da EC 41/2003;
- d) aposentadoria pelas regras do art. 3.º da EC 47/2005.

Quanto às normas do art. 40, vêm mencionadas no item 13.7.9.1, *supra*.

O art. 2.º da Emenda Constitucional 41/2003 prevê aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, §§ 3.º e 17 (na nova redação), ou seja, com proventos calculados pela média das remunerações utilizadas como base para as contribuições previdenciárias. Para tanto o servidor deve atender aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I – 53 anos de idade, se homem, e 48 anos de idade, se mulher;

II – cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria;

III – tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de: a) 35 anos, se homem, e 30 anos, se mulher; e b) um período adicional de contribuição equivalente a 20% do tempo que, na data da publicação da Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

Note-se o tratamento confuso e obscuro dado pela Emenda a esta situação de transição.

A EC 41/2003 aboliu a possibilidade conferida a estes mesmos servidores, pelo § 1.º do art. 8.º da EC 20/98, da *aposentadoria com proventos proporcionais* ao tempo de contribuição, atendidas as condições que fixava.

As regras de transição constantes do referido art. 2.º e seus parágrafos e incisos aplicam-se aos *magistrados*, aos *membros do Ministério Público* e de *Tribunais de Contas*. Sendo homens, o tempo de serviço prestado até a data da publicação da Emenda será contado com acréscimo de 17% (§ 3.º do art. 2.º da EC 41/2003).

O *professor*, servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive respectivas autarquias e fundações, que, até a data da publicação da Emenda 20/98, tenha *ingressado regularmente em cargo efetivo de magistério* e que opte por aposentar-se na forma do *caput* do art. 2.º (aposentadoria voluntária com proventos de acordo com o regime novo do art. 40, §§ 3.º e 17), terá o tempo de serviço exercido até a publicação da Emenda 20/98 contado com acréscimo de 17%, se homem, e 20%, se mulher, desde que se aposente exclusivamente com tempo de efetivo exercício das funções de magistério.

Os servidores ocupantes de cargo efetivo que se incluírem na situação referida, inclusive magistrados, integrantes do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, terão os proventos reduzidos para cada ano antecipado, em relação aos limites de idade constantes do art. 40, § 1.º, III, na seguinte



proporção: I – 3,5% (três e meio por cento), para quem atender às condições acima até 31.12.2005; II – 5% (cinco por cento), para quem atender às mesmas condições a partir de 1.º.01.2006.

Os servidores que estejam nas condições indicadas no art. 2.º e que, após completarem as exigências para aposentadoria, permaneçam em atividade, farão jus a abono de permanência equivalente ao valor da contribuição previdenciária até completarem as exigências para aposentadoria compulsória (§ 5.º do art. 2.º da EC 41/2003).

As regras do art. 6.º da EC 41/2003 são expostas no item 13.7.9.6.4, alínea *c*, *infra*.

Segundo o art. 3.º da EC 47/2005, o servidor que tenha ingressado no serviço público até 16.12.1998 poderá aposentar-se com *proventos integrais*, desde que preencha cumulativamente as seguintes condições: I – 35 anos de contribuição, se homem, e 30, se mulher; II – 25 anos de efetivo exercício no serviço público, 15 anos de carreira e 5 anos no cargo em que se der a aposentadoria; III – idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1.º, III, *a*, da CF (60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher), de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no supracitado inciso I.

Por força do art. 3.º, parágrafo único, da EC 47/2005 (que remete ao art. 7.º da EC 41/2003), os proventos dos servidores aposentados pelas regras deste artigo serão revistos na mesma proporção e data, sempre que se modificar a remuneração dos ativos, sendo-lhes também estendidos, e aos pensionistas respectivos, as vantagens concedidas aos ativos, inclusive decorrentes de transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a pensão.

#### *13.7.9.6.4 Situação de quem tenha ingressado em cargo efetivo até a data da publicação da Emenda 41/2003*

Ao servidor que ingressou em cargo efetivo até 31.12.2003, o art. 6.º da Emenda Constitucional 41, de 19.12.2003, publicada em 31.12.2003, oferece três possibilidades:

- a) aposentadoria conforme o art. 40, na redação dada pela EC 41/2003;
- b) aposentadoria nos moldes do art. 2.º, incisos e parágrafos, da EC 41/2003;
- c) aposentadoria com proventos integrais, correspondentes à totalidade da remuneração no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, observadas as reduções de cinco anos, em idade e tempo de contribuição, para o professor de educação infantil, do ensino fundamental e médio, quando o servidor preencher, cumulativamente, as seguintes condições: I – 60 (sessenta) anos, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos, se mulher; II – 35 (trinta e cinco) anos

de contribuição, se homem, e 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher; III – 20 (vinte) anos de efetivo exercício no serviço público; IV – 10 (dez) anos de carreira e 5 (cinco) anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.

Neste caso, os proventos da aposentadoria serão revistos na mesma proporção e data dos servidores em atividade, observado o limite indicado no art. 37, XI, sendo estendidas aos aposentados e pensionistas quaisquer vantagens posteriormente concedidas aos ativos, inclusive em decorrência de transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a pensão. Estas regras resultam da aplicação, aos servidores nesta situação, do disposto no art. 7.º da EC 41/2003, segundo prevê o art. 2.º da EC 47/2005, a qual revogou o parágrafo único do art. 6.º da EC 41/2003, retroativamente a 01.01.2004.

Os servidores, nesta situação, que optarem pela aposentadoria nos moldes do art. 40 da Constituição Federal ou do art. 2.º da EC 41/2003, farão jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completarem as exigências para aposentadoria compulsória (art. 40, § 19, da CF e art. 2.º, § 5.º, da EC 41/2003).

A Emenda Constitucional 70, de 29.03.2012, fixou outra regra de transição, incidindo sobre a aposentadoria por invalidez permanente, incluindo situações já formadas. Referida Emenda Constitucional acrescentou, à Emenda 41/2003, o art. 6.º-A e respectivo parágrafo único, com o teor o seguinte: o servidor que tenha ingressado no serviço público até a data da EC 41/2003 e que tenha se aposentado ou venha a se aposentar por invalidez permanente (art. 40, § 1.º, I, da CF/1988), tem direito aos proventos calculados com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria; nos termos do referido parágrafo único, aplica-se ao valor desses proventos o disposto no art. 7.º da EC 41/2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos desses servidores; desse modo, proventos e pensões serão revistos na mesma proporção e data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade. O art. 2.º da EC 70/2012 determina a revisão das aposentadorias e pensões atinentes, concedidas a partir de 01.01.2004, no prazo de 180 dias da sua vigência, com efeitos financeiros a partir da sua vigência.

#### 13.7.9.7 *Pensões*

A previdência do servidor ocupante de cargo efetivo inclui também as pensões, ou seja, a remuneração paga a dependentes do servidor que faleceu em atividade ou aposentado (por exemplo, cônjuge, filhos, pais).

Na redação original da Constituição de 1988, § 5.º do art. 40, a pensão por morte correspondia à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, com revisões iguais aos servidores ativos.

Segundo a EC 20/98, § 7.º do art. 40, a pensão por morte era igual ao valor dos proventos do servidor falecido ou igual ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data do seu falecimento, com base na remuneração do cargo efetivo.

A EC 41/2003 prevê novo modo de fixar o valor da pensão por morte, na forma da lei. Até o limite máximo dos benefícios do regime geral da previdência, a pensão será igual à totalidade dos proventos do servidor falecido, se aposentado; ou igual à remuneração do servidor no cargo efetivo, se estava em atividade ao falecer. Se os referidos proventos ou remuneração ultrapassarem o citado limite máximo, será acrescentado ao valor correspondente a este limite (R\$ 2.400,00, segundo a EC 41/2003) setenta por cento da parcela excedente. Quer dizer: neste último caso será efetuada uma redução de 30% (trinta por cento) sobre a parcela dos referidos proventos ou remuneração que exceder o citado limite máximo.

É assegurado o reajustamento da pensão para preservar-lhe o valor real, conforme critérios fixados em lei.

*Se o servidor falecido tiver completado todos os requisitos para se aposentar até a data da EC 41/2003, a pensão de seus dependentes observará os critérios da legislação então vigente, tanto para a concessão quanto para o valor (totalidade). Neste caso, a revisão das pensões se efetuará de modo igual à dos servidores ativos, inclusive no tocante às vantagens decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ocupado pelo servidor falecido (art. 3.º, § 2.º, e art. 7.º da EC 41/2003).*

No caso de *pensionistas que já recebiam tal benefício antes de 31.12.2003*, o art. 7.º da EC 41/2003 assegura a revisão na mesma proporção e data em que se modificar a remuneração dos servidores ativos, inclusive quanto a benefícios decorrentes de transformação ou reclassificação do cargo que serviu de referência para a pensão.

Um ponto controvertido da EC 41/2003 é a *contribuição previdenciária incidente sobre pensões já concedidas* antes da data da publicação da Emenda (31.12.2003). Tal contribuição é prevista no texto atual do art. 40, *caput*, da CF e no art. 4.º da referida Emenda, que fixa percentual idêntico ao dos servidores titulares de cargo efetivo. Não se distingue entre atuais e futuros pensionistas. O parágrafo único do art. 4.º da EC 41/2003 previu a incidência da contribuição apenas sobre a parcela das pensões que supere: I – cinquenta por cento do limite máximo dos benefícios do regime geral da previdência, para os pensionistas dos Estados, Distrito Federal e Municípios; II – sessenta por cento deste limite para os pensionistas da União.

Porém, no julgamento das ADIn 3.105-8 e 3.128-7 (DOU e DJU de 27.08.2004), o STF considerou inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento” e “sessenta por cento”, contidas nos incs. I e II do parágrafo único do art. 4.º da EC 41/2003, aplicando-se, então, à hipótese o § 18 do art. 40 da

CF. Ou seja, a contribuição previdenciária incidirá sobre as parcelas das pensões que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral da previdência social. Com tal decisão, o STF não viu inconstitucionalidade na contribuição de quem já era pensionista em 31.12.2003, mas elevou a importância acima da qual incide.

No caso de pensão decorrente de falecimento de servidor portador de doença incapacitante, na forma da lei, a contribuição previdenciária incidirá apenas sobre a parcela que supere o dobro do limite máximo fixado para os benefícios do regime geral da previdência social (CF, art. 40, § 21, acrescentado pela EC 47/2005).

Mostra-se de constitucionalidade duvidosa a contribuição previdenciária dos pensionistas e de evidente inconstitucionalidade a contribuição incidente sobre pensões concedidas até 31.12.2003, por afetarem situação já fechada; no caso de quem já era pensionista nesta data, lesa também o direito adquirido, a segurança jurídica e os direitos assegurados pelo art. 3.º, § 3.º, da EC 20/98, em dissonância também com o art. 3.º da própria EC 41/2003.

#### 13.7.10 Deveres

Os estatutos listam condutas e proibições a serem observadas pelos servidores, configurando, umas e outras, os seus deveres como dois lados da mesma moeda. Por exemplo: a proibição de proceder de forma desidiosa equivale ao dever de exercer com zelo as atribuições do cargo. Por isso, podem ser englobados sob a rubrica “deveres” os que os estatutos assim intitulam e os que os estatutos arrolam como proibições.

Os deveres mencionados a seguir não abarcam todos aqueles indicados nos estatutos, pois a atenção se voltará aos mais genéricos e comuns.

a) *Desempenhar as atribuições do cargo ou função* – O servidor tem obrigação de desincumbir-se das atribuições do seu cargo ou função. À primeira vista este dever não difere daquele que vige para outros assalariados; entretanto, o caráter público das atividades do servidor impõe deveres mais amplos, com o objetivo de garantir a continuidade dos serviços e o atendimento do interesse público. No Estatuto federal vinculam-se a esse dever os seguintes: exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo; ser assíduo e pontual; não ausentar-se do serviço durante o expediente sem prévia autorização; não proceder de forma desidiosa; não exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis como o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho; não participar da gerência ou da administração de empresa privada, de sociedade civil ou exercer o comércio, exceto como acionista, cotista ou comanditário.

b) *Dever de honestidade ou probidade* – Impõe-se ao servidor com rigor especial, e seu desrespeito é objeto até de sanções criminais em caso de concussão (servidor exige, indevidamente, de outrem uma vantagem), corrup-

ção (servidor aceita vantagem que lhe é oferecida) e tráfico de influência. Cometem falta grave os servidores que aceitam propinas para fazer ou deixar de fazer algo relacionado a suas atribuições, os servidores que vendem sua influência, que se apropriam de recursos públicos. No Estatuto federal são mencionados como deveres e proibições, entre outros, os seguintes: dever de manter conduta compatível com a moralidade administrativa; proibições de: retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição; valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública; atuar como procurador ou intermediário junto a repartições públicas, salvo o caso de benefícios previdenciários e assistenciais de parentes até segundo grau, de cônjuge ou companheiro; receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições.

O empenho em combater a improbidade administrativa revela-se, principalmente, pela atenção que lhe reserva a Constituição Federal. Conforme o art. 37, § 4.º, os atos de improbidade importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. Esse dispositivo teve seus aspectos materiais, processuais e sancionadores disciplinados na Lei 8.429, de 02.06.1992, que indica um rol de condutas caracterizadas como atos de improbidade administrativa.

c) *Lealdade ou fidelidade* – É difícil determinar o conteúdo e alcance exatos desse dever, habitualmente mencionado na doutrina e nos estatutos. É certo que não se reveste de conotação subjetiva ou político-partidária. O Estatuto federal inclui entre os deveres a lealdade com as instituições a que servir e proíbe a aceitação de emprego, comissão ou pensão de Estado estrangeiro. Outros estatutos vedam, ao servidor, referir-se depreciativamente, em informação, parecer ou despacho, ou pela imprensa ou qualquer meio de divulgação, às autoridades constituídas e aos atos da Administração.

d) *Dever de obediência* – Resulta principalmente da estrutura hierarquizada da Administração. Consiste na obrigação de acatar e cumprir ordens em matéria de serviço, emanadas de superior hierárquico, sob forma legal. As ordens podem advir de prescrições gerais, contidas em circulares, instruções, ordens internas, ou de prescrições de alcance individual.

Em geral, os estatutos excepcionam desse dever as *ordens manifestamente ilegais*, por exemplo: Estatuto federal, art. 116, IV. Alguns estatutos determinam que o servidor, ao desobedecer, represente, por escrito, quando a ordem for manifestamente ilegal. A ressalva apresenta-se problemática sob alguns aspectos: o servidor com pouca informação jurídica nem sempre identifica a ordem manifestamente ilegal; o que pode ser manifestamente ilegal para uns, não o será para outros; muitos servidores têm medo de se opor à chefia.

e) *Dever de sigilo profissional* – Acarreta para o servidor a imposição de manter segredo a respeito de assuntos funcionais de que teve ciência no exercício de suas atribuições. O desatendimento desse dever pode resultar em perda do cargo. Também se reveste de dificuldade o alcance desse dever: em primeiro lugar, em vista do princípio da publicidade que norteia as atividades da Administração (art. 37); em segundo lugar, ante o direito, reconhecido ao cidadão, de obter informações dos órgãos públicos (CF, art. 5.º, XXXIII); neste caso, o inciso excepciona aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, de regra em pequeno número. No entanto, nem sempre é fácil avaliar o que deve ser mantido sob sigilo e o que pode ser objeto do direito à informação.

f) *Assiduidade* – Ligado ao adequado desempenho das atribuições do cargo, significa a imposição, ao servidor, de comparecimento ao local de trabalho, nos dias e horários determinados. Em geral, inclui-se no dever de assiduidade o de pontualidade. Nem sempre é diário o comparecimento à sede do trabalho, havendo jornadas de 12 x 36 horas, regimes de plantão em hospitais e outros órgãos. Os estatutos preveem sanções por descumprimento desse dever, por exemplo, pela figura do abandono de cargo, pela inassiduidade (faltas interpoladas); os atrasos e saídas antecipadas, até certo limite de tempo, acarretam descontos nos vencimentos, sendo computados como faltas se ultrapassarem o limite.

g) *Urbanidade* – Significa tratar com educação e respeito os colegas de trabalho e o público em geral. No local de trabalho, torna-se necessário manter ambiente adequado à realização das atividades, para que não sejam interrompidas ou dificultadas por exasperações emocionais, grosserias, ofensas verbais ou físicas.

### 13.8 Responsabilidade dos servidores

O descumprimento de deveres e a inobservância de proibições acarretam consequências para o agente público; esse tema é estudado sob o nome de responsabilidade dos servidores.

Se a conduta inadequada afeta a ordem interna dos serviços e vem caracterizada somente como infração ou ilícito administrativo, cogita-se, então, da responsabilidade administrativa, que poderá levar o agente a sofrer sanção administrativa. Essa responsabilidade é apurada no âmbito da Administração, mediante processo administrativo e a possível sanção é aplicada também nessa esfera.

Se o agente, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, causou dano à Administração, deverá repará-lo, sendo responsabilizado civilmente. A apuração da responsabilidade civil poderá ter início e término no âmbito administrativo ou ter início nesse âmbito e ser objeto, depois, de ação perante o Judiciário.

Se a conduta inadequada do agente afeta, de modo imediato, a sociedade e vem caracterizada pelo ordenamento como crime funcional, o servidor será responsabilizado criminalmente, podendo sofrer sanções penais. A responsabilidade criminal do servidor é apurada mediante processo penal, nos respectivos juízos.

É possível que a mesma conduta configure infração administrativa, acarrete dano à Administração e seja tipificada como crime. Neste caso, o servidor arcará com as consequências da responsabilidade administrativa, civil e criminal, pois as três têm fundamento e natureza diversos. O mesmo se aplica na ocorrência de duas modalidades de infração.

Em virtude do princípio da indisponibilidade do interesse público, os ocupantes de cargos ou funções de chefia e direção têm o dever de tomar as providências para apurar a responsabilidade de servidores, assim que tiverem ciência de atos ou fatos que possam importar infrações; o art. 320 do Código Penal abriga a figura penal correspondente ao descumprimento desse dever. O mesmo princípio informa um dever geral, previsto nos estatutos, de representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder, praticados por agente, de qualquer grau hierárquico (por exemplo, art. 116, XII, do Estatuto federal). Evidente que esses deveres nem sempre se cumprem na medida desejável, em especial no caso de subordinado representar contra abuso de poder ou ilegalidade de superior hierárquico, por temor de represálias.

### 13.8.1 Responsabilidade criminal

A *responsabilidade criminal* do servidor diz respeito às consequências de condutas tipificadas pelo ordenamento como crimes relacionados ao exercício de cargo, função ou emprego público, daí o nome de crimes funcionais. O Código Penal indica tais condutas, nos arts. 312 a 326 e 359-A a 359-H, estes últimos constantes do Capítulo IV, intitulado “Dos crimes contra as finanças públicas”, acrescentado pela Lei 10.028, de 19.10.2000. Além disso, leis federais específicas preveem outras condutas de servidores qualificadas como crime. Assim, por exemplo, a Lei 4.898/65 arrola condutas qualificadas como abuso de autoridade; a Lei 8.666/93 menciona condutas de agentes em matéria de licitação e contratos qualificadas como crimes.

Para efeitos penais considera-se servidor público quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, função ou emprego público, inclusive em entidade “paraestatal”; equipara-se a funcionário público quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública (Código Penal, art. 327 e § 1.º, este com a redação da Lei 9.983, de 14.07.2000). Se o réu ocupar cargo em comissão ou função de direção ou assessoramento de órgão da Administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação pública, a pena será acrescida de um terço (Código Penal, art. 327, § 2.º).

Os agentes políticos podem incidir em crimes de responsabilidade, objeto de legislação específica: Lei 1.079/50 (*impeachment*) – Chefes do Executivo federal e estadual, Ministros de Estado, Ministros do STF, Procurador-Geral da República, Secretários de Estado; Dec.-lei 201/67 – Prefeitos e vereadores.

A apuração da responsabilidade criminal se efetua mediante instauração, pelo Ministério Público, de ação penal. Nos crimes de responsabilidade de agentes políticos, as leis específicas estabelecem o respectivo processo e a competência para julgar. Muitas vezes, o conhecimento de fatos ou atos tipificados como crimes funcionais ou de responsabilidade advém de sindicância, processo administrativo ou relatório de Comissão Parlamentar de Inquérito, devendo ser remetidos ao Ministério Público.

A sentença da ação penal, transitada em julgado, poderá repercutir na esfera da responsabilidade administrativa e civil do servidor.

### 13.8.2 Responsabilidade civil

Se for responsabilizado civilmente, o servidor deverá reparar dano que, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, tenha causado à Administração. O dano pode originar-se de conduta ou omissão que lese diretamente o patrimônio público (por exemplo, equipamentos e materiais perdidos, deteriorados ou quebrados) ou redundem em prejuízo a terceiros, pago pelos cofres públicos.

Para que o servidor possa ser responsabilizado e obrigado a pagar o prejuízo, é necessário comprovar seu dolo (teve intenção de lesar ou assumiu esse risco) ou sua culpa (imprudência, negligência ou imperícia). Para isso, a Administração é obrigada a tomar as medidas legais pertinentes, não podendo, *a priori*, inocentar o servidor. De regra, efetua-se a apuração administrativa por meio de sindicância e, se for o caso, de processo administrativo. Se for verificado dolo ou culpa, a Administração poderá consultar o servidor a fim de obter o pagamento, por desconto em folha ou forma diversa. Na ausência de concordância, a Administração deve ingressar no juízo civil para obter o ressarcimento. Se a Administração visa obter ressarcimento de indenização que pagou a particulares, em virtude de dano causado pelo agente, trata-se de ação regressiva, como prevê a Constituição Federal, art. 37, § 6.º, parte final.

Também incide em responsabilização civil todo aquele que, exercendo, mesmo transitoriamente ou sem remuneração, mandato, cargo, emprego ou função em qualquer órgão, ente ou poder estatal, praticar ato de improbidade administrativa. Tais atos estão descritos na Lei 8.429, de 02.06.1992, arts. 9.º a 11. A comprovação das condutas acarreta consequências administrativas, civis e penais. Sob o aspecto civil, poderá ser decretado, pelo juiz civil, o sequestro de bens, e também o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas no exterior. A sentença que julgar procedente a ação civil de reparação de dano, ou decretar a perda dos bens havidos ilegalmente, determi-



ará o pagamento do dano ou a reversão dos bens em favor da Administração prejudicada (arts. 16, § 1.º, 17 e 18).

### 13.8.3 Responsabilidade administrativa

A *responsabilidade administrativa* expressa as consequências acarretadas ao servidor pelo descumprimento dos deveres e inobservância das proibições, de caráter funcional, estabelecidas nos estatutos ou em outras leis. Esse descumprimento, por ação ou omissão, recebe diversos nomes: falta funcional, infração disciplinar, infração funcional, infração administrativa, ilícito administrativo. As duas últimas expressões não propiciam, por si, a ideia de infração cometida por servidor, no exercício de suas atribuições: também são ilícitos administrativos ou infrações administrativas condutas de particulares, sujeitas a sanções administrativas – por exemplo: desatendimento de normas e medidas decorrentes do poder de polícia, má execução de contrato administrativo. Melhor parecem as expressões falta funcional, infração disciplinar, infração funcional.

Essa *responsabilidade* é apurada no âmbito da própria Administração e apenada com sanções de natureza administrativa, denominadas sanções disciplinares, impostas por autoridade administrativa. Se a conduta do servidor enquadrar-se também em tipos penais e causar dano à Administração, gera responsabilização criminal e civil.

#### 13.8.3.1 Responsabilidade fiscal

A Lei Complementar 101, de 04.05.2000, com alterações posteriores, estabelece normas de finanças públicas voltadas à responsabilidade na gestão fiscal. Visa alcançar o equilíbrio das contas públicas da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e seus respectivos poderes e entes. Referida lei complementar determina a ação planejada e transparente em matéria de finanças públicas, de modo que se previnam riscos e se corrijam desvios, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e sejam obedecidos limites e condições quanto a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, com seguridade social, com operações de crédito etc. Essa lei complementar diz respeito precipuamente ao direito financeiro, com algumas decorrências no direito administrativo.

A infração aos seus preceitos pode acarretar processo por crime de responsabilidade (Lei 1.079, de 10.04.1950, e Dec.-lei 201, de 27.02.1967, com alterações posteriores, inclusive da Lei 10.028, de 19.10.2000), processo por crime comum, contra as finanças públicas (Código Penal, arts. 359-A a 359-H, acrescentados pela Lei 10.028/2000), e também processo por infração administrativa, nos termos do art. 5.º e parágrafos da mesma Lei 10.028/2000.

Segundo o referido art. 5.º, constitui *infração administrativa contra as leis de finanças públicas*: I – deixar de divulgar ou de enviar ao Poder Legislativo e ao

Tribunal de Contas o relatório de gestão fiscal, nos prazos e condições fixados; II – propor lei de diretrizes orçamentárias anual que não contenha as metas fiscais na forma da lei; III – deixar de expedir ato determinando limitação de empenho e movimentação financeira, nos casos e condições fixados em lei; IV – deixar de ordenar ou de promover, na forma da lei, a execução de medida para a redução da despesa com pessoal. A infração é processada e julgada pelo Tribunal de Contas competente para a fiscalização, sendo punida com multa de 30% dos vencimentos anuais do agente causador, a ser paga por este.

### 13.9 Poder disciplinar

Sob o ângulo da Administração, a ciência de atos, fatos, condutas, omissões, irregularidades suscetíveis de configurar infração disciplinar desencadeia o exercício do *poder disciplinar* (ver Capítulo 6, item 6.9). O poder disciplinar é atribuído à autoridade administrativa com o objetivo de apurar e punir faltas funcionais, condutas contrárias à realização normal das atividades do órgão, irregularidades de diversos tipos.

Não deve ser confundido o poder disciplinar com o poder penal do Estado. Este é exercido pelo Poder Judiciário, norteado pelo processo penal: visa à repressão de condutas qualificadas como crimes e contravenções; portanto, tem a finalidade precípua de preservar a ordem e a convivência na sociedade como um todo. O poder disciplinar, por sua vez, é atividade administrativa, regida pelo direito administrativo, segundo normas do processo administrativo: visa à punição de condutas, qualificadas em estatutos ou demais leis, como infrações funcionais; tem a finalidade de preservar, de modo imediato, a ordem interna do serviço, para que as atividades do órgão possam ser realizadas sem perturbação e sem desvirtuamentos, dentro da legalidade e da lisura. A diferença entre as duas atuações possibilita sua concomitância ante a mesma conduta do servidor, ensejando a imposição conjunta de sanção disciplinar e de sanção penal, sem que seja caracterizado o *bis in idem*.

O exercício do poder disciplinar apresenta-se, sobretudo, como dever da autoridade. Assim, o art. 143 do Estatuto dos servidores federais dispõe o seguinte: “A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa”. Preceito semelhante encontra-se nos demais estatutos de servidores.

O exercício do poder disciplinar obedecerá a normas e princípios que formam o chamado *regime disciplinar*.

### 13.10 Regime disciplinar

As normas e princípios norteadores do poder disciplinar decorrem da Constituição Federal, dos estatutos de servidores, das leis orgânicas de catego-

rias funcionais, dos princípios do direito administrativo, de orientação jurisprudencial, exercendo esta influência marcante na matéria.

Os aspectos fundamentais do regime disciplinar aplicam-se a outros âmbitos, na ausência de disposições específicas explícitas; por exemplo: no exercício do poder disciplinar relativo a condutas de alunos de faculdades públicas; no exercício do poder disciplinar do Judiciário sobre seus magistrados; no exercício do poder disciplinar do Ministério Público sobre seus integrantes.

De modo sucinto serão expostos, a seguir, os principais aspectos do regime disciplinar.

### 13.10.1 *Competência legal*

Os estatutos de servidores e leis orgânicas de categorias funcionais atribuem competências para apurar infrações e para aplicar penas disciplinares; desse modo, o poder disciplinar não pode ser exercido sem estar legalmente atribuído.

### 13.10.2 *Vinculação ao exercício do cargo, função ou emprego*

O regime disciplinar visa a assegurar a responsabilização dos agentes públicos por faltas funcionais, isto é, infrações que resultam de inobservância de deveres vinculados às atribuições do cargo, função ou emprego. Inerente à repressão disciplinar é seu vínculo à função, tanto no tocante ao seu campo de aplicação (só pode atingir servidores) quanto à natureza do motivo que a provoca (falta funcional) e à natureza da sanção (pena disciplinar) (cf. Jacques Dembour, *Droit administratif*, 3. ed., Liège, 1978, p. 252). O vínculo ao exercício do cargo, função ou emprego norteia, por conseguinte, a caracterização das infrações passíveis de sanções disciplinares.

### 13.10.3 *Legalidade das infrações*

As condutas consideradas infrações devem estar legalmente previstas: é ilegal apenar servidores por atos ou fatos que não estejam caracterizados, na lei, como infrações funcionais. Essa caracterização se efetua nos estatutos e leis orgânicas de categorias, principalmente.

No tocante a esse aspecto, surge a questão da tipicidade das infrações disciplinares. Os estatutos utilizam, muitas vezes, fórmulas amplas e abertas, por exemplo, “procedimento irregular de natureza grave”, “inobservância de dever funcional”. Daí se mencionar a característica da “atipicidade” das infrações disciplinares, sobretudo no confronto com os ilícitos de natureza penal, para os quais prevalece a tipicidade. Nessa linha, seria inaplicável ao âmbito disciplinar o famoso brocardo do direito penal *nullum crimen sine lege*.

Cabem algumas ressalvas a respeito da *atipicidade* das infrações. Dois argumentos aparecem amiúde para justificar essa *atipicidade* ou a não aplica-

ção do adágio *nullum crimen sine lege*: a) dificuldade de catalogar com exatidão todas as condutas que possam desatender deveres e proibições funcionais; b) discricionariedade do poder disciplinar.

a) Se a dificuldade de descrever, de modo rigoroso e perfeito, todas as possíveis infrações leva alguns autores a justificar uma “atipicidade” em matéria disciplinar, outros estudiosos mencionam o princípio do injusto típico (García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, v. 2, p. 165), a vigorar também nesse âmbito. Segundo Nieto, “a suficiência da tipificação se concretiza na previsão razoável das consequências jurídicas da conduta; à vista da norma, o servidor há de saber que sua conduta constitui uma infração e deve conhecer qual a resposta punitiva correspondente. (...) A descrição deve ser suficiente, dotada da maior precisão possível. (...) O mandado de tipificação tem um alcance muito diferente no Direito Administrativo e no Direito Penal. (...) Não vulnera a legalidade o emprego de fórmulas amplas, sempre que sua concreção seja razoavelmente factível em virtude de critérios lógicos, técnicos ou de experiência que permitam prever, com suficiente segurança, a conduta visada” (*Derecho administrativo sancionador*, Madri, 1994, p. 293).

Registrou-se nítida evolução no regime disciplinar, nas últimas décadas, para impedir que a “atipicidade” venha invocada para camuflar conotações subjetivas no exercício do poder disciplinar. Um dos aspectos dessa evolução encontra-se na crescente “jurisdicionalização” dos processos disciplinares, que significa, em síntese, o reconhecimento, na esfera administrativa, de garantias das posições jurídicas dos indivíduos. E foi justamente no regime disciplinar que o Judiciário pátrio mais se empenhou no tocante às garantias do agente público ante o poder disciplinar da Administração. Ante esse contexto, ainda que o operador do poder disciplinar se defronte com fórmulas vagas, inseridas em estatuto ou lei orgânica, deve pautar seu juízo por parâmetros objetivos, para enquadrar a conduta do agente em tais fórmulas, dentre os quais: vínculo com a função, adequada qualificação jurídica dos fatos, repercussão da conduta na prestação do serviço, o conjunto do comportamento funcional do agente. Deve-se notar, ainda, que estatutos mais recentes utilizam poucas fórmulas amplas, optando por remeter as sanções ao rol de deveres e proibições e explicitar as condutas; nessa linha se situa o Estatuto federal, arts. 129 a 132.

b) A respeito da *discricionariedade* em geral, registra-se, no momento, tendência universal de direcionar sua manifestação, como já se disse. Não mais é viável invocar poderes livres ou zonas livres a título de discricionariedade. Um rol de princípios e exigências que integram o direito administrativo contemporâneo denotam aquele direcionamento: moralidade administrativa, impessoalidade, publicidade, obrigação de motivar, controle jurisdicional dos motivos, princípio da proporcionalidade, entre outros. Soa estranho atualmente associar discricionariedade a poder disciplinar: primeiro, em virtude

dos elementos de direcionamento da discricionariedade, em geral; em segundo lugar, porque o poder disciplinar há muito tempo vem se exercendo sob moldes processuais, justamente para impedir arbítrios e subjetivismos. Os paradigmas processuais mostram-se incompatíveis com atuações livres e desvinculadas de preceitos legais, tanto que sob tais moldes se exerce a função jurisdicional, para a garantia cabal dos direitos. Reflexo disso está nas garantias previstas no art. 5.º, LV, e em toda a elaboração jurisprudencial pátria, no sentido de maiores garantias aos indiciados em processos disciplinares, trazendo, por decorrência, restrição a margens livres que pudessem levar ao arbítrio. Mesmo que persista um resquício de discricionariedade na gradação das penas, a jurisprudência pátria e a estrangeira vêm aplicando, nesse aspecto, o princípio da proporcionalidade, para que a gravidade da sanção corresponda à gravidade da conduta.

#### 13.10.4 *Legalidade das sanções*

O adágio *nulla poena sine lege* vigora em matéria de sanções disciplinares, daí ser vedada aplicação de pena não arrolada em texto legal, não podendo ser “inventada” modalidade punitiva. Quer dizer, também, que a sanção há de estar associada a uma infração, isto é, deve estar associada a uma conduta que traduz descumprimento de dever ou inobservância de proibição, de natureza funcional.

Nas hipóteses em que a sanção admitir dosagem, como na suspensão, já está assente, no ordenamento pátrio, a exigência de proporcionalidade entre a gravidade da falta e a severidade da sanção, possibilitando-se ao Judiciário verificar esse equilíbrio e anular a decisão que deixou de atendê-lo.

As sanções mais comuns elencadas nos estatutos são as seguintes:

a) *advertência* ou *repreensão* – previstas para faltas leves, são aplicadas por escrito; podem repercutir na avaliação de desempenho para fins de promoção;

b) *suspensão* – significa o não exercício das atribuições funcionais por certo tempo, sem percepção de vencimentos;

c) *demissão* – consiste na perda do cargo ou função em virtude de infração funcional grave; é a pena aplicada, por exemplo, nos casos de: abandono de cargo, por faltas consecutivas por trinta ou mais dias; inassiduidade habitual, por faltas interpoladas, em geral sessenta por ano; corrupção; aplicação irregular de dinheiros públicos; acumulação ilegal de cargos, funções ou empregos públicos. Alguns estatutos preveem a demissão a bem do serviço público, para algumas infrações a que outros cominam a demissão;

d) *cassação de aposentadoria ou disponibilidade* – é a extinção da aposentadoria ou da disponibilidade, acarretando o retorno (reversão) do servidor à atividade, para que possa ser aplicada a pena de demissão. Tal ocorre quando

em atividade o servidor cometeu falta grave, verificada depois do ato de aposentadoria ou disponibilidade.

Alguns estatutos preveem a pena de multa, remetendo a uma lei os casos e a forma em que será aplicada.

### 13.10.5 Prescritibilidade

A possibilidade de aplicar sanções disciplinares não é perpétua; os estatutos fixam prazos prescritivos para a atuação disciplinar da Administração. Em geral, para infrações puníveis com demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade, o prazo é de cinco anos; para infrações leves, dois anos.

Estatutos menos recentes fixam o início do curso do prazo na data em que a autoridade tiver conhecimento do fato. Nos estatutos mais recentes ou que tenham recebido alteração recente, o início do prazo prescricional é fixado na data do fato, sendo esta a tendência na matéria. O curso da prescrição interrompe-se com a abertura de sindicância ou a instauração do processo disciplinar. Segundo o art. 202, caput, do Código Civil, só uma interrupção da prescrição é admitida. Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares qualificadas também como crime.

A Constituição Federal, no art. 37, § 5.º, remete à lei a fixação de prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

### 13.10.6 Motivação

Os atos referentes ao arquivamento de sindicância, à imposição de pena e à absolvição devem ser motivados, isto é, a autoridade competente deve explicitar as razões de fato e de direito que levaram à decisão, com base nos elementos dos autos.

## 13.11 Processo administrativo disciplinar

### 13.11.1 Noção e terminologia

Em essência, *processo administrativo disciplinar* é a sucessão ordenada de atos destinados a averiguar a realidade de falta cometida por servidor, a ponderar as circunstâncias que nela concorreram e a aplicar as sanções pertinentes.

No direito pátrio, durante muito tempo, usava-se a expressão “processo administrativo” somente para designar o processo disciplinar, reduzindo-se o gênero a uma de suas espécies.

Nota-se confusão no uso dessa expressão: por vezes aparece com sentido amplo, para designar todas as figuras relativas à apuração da responsabilidade administrativa do servidor, por exemplo, no Título V do Estatuto federal; por vezes é usada com sentido restrito, para indicar uma só figura, aplicada nos

casos de faltas que possam acarretar penas graves ou demissão, o chamado *processo administrativo disciplinar propriamente dito*.

Também causa confusão o uso dos termos *inquérito administrativo*, para intitular o processo administrativo propriamente dito ou para designar a sindicância. Tal expressão revela-se imprópria, sobretudo por evocar analogia indevida com o inquérito policial.

Outro motivo de imprecisão encontra-se no uso do vocábulo *sindicância*, com dois sentidos: para denominar o meio de verificar fatos pouco definidos e possível autoria e para denominar o processo administrativo disciplinar, que apura faltas leves suscetíveis de penas leves. Para clareza da matéria, melhor seria reservar o termo sindicância somente para o primeiro objetivo, atribuindo-se o nome "processo disciplinar sumário" para a responsabilização por faltas leves.

### 13.11.2 *Comissões processantes*

No ordenamento brasileiro, as sindicâncias e processos administrativos disciplinares *stricto sensu* correm perante comissões, denominadas *comissões processantes* ou *comissões disciplinares*, embora, no caso de sindicância, se mencionem os termos *comissão de sindicância*. Em geral, a comissão é integrada por três servidores; alguns estatutos exigem que os servidores sejam efetivos ou estáveis.

Em cada nível administrativo, pode-se adotar o sistema de comissões permanentes ou o sistema de comissões indicadas caso a caso.

O sistema de comissões permanentes admite duas modalidades: comissões permanentes para toda a Administração, havendo órgãos destinados somente a tais atividades; ou comissões permanentes em cada órgão, mesclando-se, nesse caso, as atividades específicas com as atividades da comissão permanente, válidas somente para os casos disciplinares do respectivo órgão. Tal sistema não exclui a possibilidade de haver comissões especiais para certos casos, se assim decidir a autoridade competente.

As comissões não têm a função de dar a decisão final da sindicância ou do processo administrativo disciplinar; apresentam-se, ao mesmo tempo, como órgãos de instrução, de audiência e de assessoria à autoridade competente para julgar.

Depois da instrução e, se for o caso, das alegações finais de defesa, a comissão elabora relatório.

### 13.11.3 *Sindicância*

Nos estatutos, em geral, aparecem duas modalidades de sindicância: a *sindicância preliminar a processo administrativo* e a *sindicância como processo sumário*.

A *primeira modalidade* caracteriza a peça preliminar e informativa do processo administrativo disciplinar, devendo ser instaurada quando os fatos não estiverem definidos ou faltarem elementos indicativos da autoria. Configura meio de apuração prévia, em relação ao processo administrativo disciplinar, destinada a colher elementos informativos para instaurá-lo ou não.

Nesta acepção, a sindicância não se instaura contra um servidor: visa apurar possíveis fatos irregulares e seu possível autor. Se o objetivo é apurar fato relativo a determinado servidor ou determinados servidores, cabem as garantias do contraditório e ampla defesa, previstas na Constituição Federal, art. 5.º, LV.

Em geral, observa as seguintes fases: instauração, instrução, relatório. Dessa sindicância pode resultar o seguinte: o arquivamento do caso, por inexistência de infração, de irregularidade, ausência de autoria; ou instauração de processo disciplinar, ante a caracterização do fato como infração e a identificação do possível autor.

A *segunda modalidade* é a sindicância de caráter processual, pois se destina a apurar a responsabilidade de servidor identificado, por falta leve, podendo resultar em aplicação de pena. Trata-se, na verdade, de um processo administrativo disciplinar sumário. Os estatutos em geral destinam a sindicância para fatos suscetíveis de penas de advertência, repreensão, suspensão até trinta dias, fixando prazo curto para seu término, com possibilidade de prorrogação. Nesta modalidade, o contraditório e a ampla defesa hão de ser assegurados, ainda que sumário o processo, pois existe acusado. Segue as mesmas fases do processo disciplinar *stricto sensu*.

Deve-se notar que, desde a Constituição Federal de 1988, não mais pode vigorar a aplicação de sanção disciplinar pelo critério da *verdade sabida*; por esse critério, podiam ser aplicadas, de imediato, penas leves, por exemplo, repreensão e suspensão até cinco dias, por autoridade que tivesse conhecimento direto da falta cometida. Tendo em vista que a Constituição Federal, art. 5.º, LV, assegura, aos acusados em geral, o contraditório e ampla defesa, torna-se inconstitucional a imposição imediata de punição, sem observância dessas garantias.

#### 13.11.4 Processo disciplinar *stricto sensu*: fases, recurso e revisão

O processo disciplinar "*stricto sensu*" é o meio de apurar a responsabilidade, por infrações funcionais, de servidor identificado. Em geral, os estatutos destinam esse instrumento para condutas ensejadoras de penas graves, por exemplo, suspensão superior a trinta dias e demissão.

Tradicionalmente os estatutos preveem as seguintes fases do processo disciplinar: instauração, instrução, defesa, relatório, julgamento. O Estatuto federal indica três fases, no art. 151: instauração; inquérito administrativo, abrangendo instrução, defesa e relatório; e julgamento.



a) *Instauração* – É o ato da autoridade competente que dá início ao processo disciplinar. Foge da competência da comissão processante a instauração do processo. Por vezes, a instauração se efetua simultaneamente à constituição da comissão processante. Formaliza-se, em geral, por despacho ou portaria.

O ato que instaura o processo deve enunciar os fatos ou condutas atribuídos ao servidor indiciado (imputação) e os respectivos dispositivos legais onde se enquadram. Tal exigência insere-se no âmbito das garantias decorrentes da ampla defesa. Nesse sentido, os acórdãos seguintes: STF, RE 120.570, 1991: “Inexistência de imputação não é erro leve de forma; constitui omissão grave, insanável violência à ampla defesa. (...) É instrumento que, especificando as imputações, delimita e demarca o objeto do processo disciplinar e, por conseguinte, a defesa do acusado” (RDA 189, 1992); STJ, RMS 1.074, 1991: “A portaria inaugural e o mandado de citação devem explicitar os ilícitos atribuídos ao acusado. Ninguém pode defender-se eficazmente sem pleno conhecimento das acusações que lhe são imputadas” (RDA 188, 1992).

Instaurado o processo, a comissão deverá providenciar a citação do indiciado, em cujo instrumento se explicita a infração que lhe é atribuída e os respectivos dispositivos legais.

b) *Instrução* – Destina-se a colher provas e outros elementos, de fato e de direito, que possibilitem a decisão justa e aderente à realidade; aí se incluem as provas, a formulação de laudos ou pareceres, enfim, todos os dados que levam ao conhecimento acurado das circunstâncias do caso e da conduta do acusado.

No processo disciplinar exigia-se *defesa técnica*, sobretudo em casos de imputação de infrações graves; se o servidor não tivesse advogado, a Administração era obrigada a indicá-lo. Mas, nos termos da Súmula Vinculante 05, do STF, “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.” Assim, a defesa por advogado se tornou facultativa.

Integram a garantia do contraditório, em especial: o advogado e o indiciado têm o direito de acompanhar o processo; têm direito a vista e cópia dos autos; o advogado deve ser cientificado de todos os atos da instrução, com certa antecedência (em geral, mínimo de 48 horas). Integram a ampla defesa, nessa fase, em especial: arrolar e reinquirir testemunhas; solicitar e produzir provas e contraprovas; formular quesitos na prova pericial.

O reconhecimento do direito à prova não implica seu exercício abusivo, mediante pedido de provas protelatórias, impertinentes, irrelevantes, abusivas (por exemplo, ouvida de cem testemunhas), a ser denegado pela comissão.

Aplica-se ao processo disciplinar a regra que veda as provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5.º, LVI).

c) *Defesa* – O princípio da ampla defesa permeia todo o processo disciplinar, mas confere-se esse nome a uma das fases, na qual o indiciado apresenta

alegações escritas, depois da fase de instrução. Deve-se conceder prazo razoável para formulação das alegações escritas (em geral os estatutos fixam 10 ou 15 dias), assegurando-se vista dos autos e extração de cópias.

d) *Relatório* – Esta fase corresponde à elaboração de peça escrita denominada relatório, com a descrição dos fatos apurados, das provas realizadas, a síntese dos depoimentos, a síntese dos argumentos de defesa e a conclusão da comissão no tocante à condenação ou absolvição do indiciado, com os respectivos fundamentos de fato e de direito. Concluindo pela punição, deverá indicar a pena disciplinar. Depois, o relatório é remetido à autoridade competente para julgar.

e) *Julgamento* – É a decisão da autoridade competente, no sentido da absolvição ou condenação do indiciado. Os estatutos indicam as autoridades competentes para julgar e impor sanção. Em caso de condenação, deve ser infligida a pena. Tratando-se de pena de demissão, por vezes o ato de imposição é atribuído a autoridade diversa daquela que julga, porque essa pena, de regra, é da competência da autoridade máxima do órgão ou ente. Os atos que absolvem ou condenam devem ser motivados.

Neste ponto vem a questão do modo pelo qual a autoridade deve considerar a *conclusão do relatório da comissão*. Tradicionalmente, a conclusão do relatório da comissão reveste-se de caráter de proposta, ou seja, de caráter opinativo, exigida a motivação quando a autoridade competente para julgar decidir em sentido diferente do proposto pela comissão. Assim, por exemplo, os Estatutos dos Servidores do Estado e do Município de São Paulo utilizam o vocábulo “propor” para a conclusão do relatório e não fixam vínculo algum para a autoridade. Essa diretriz foi alterada no Estatuto federal, que, no art. 168, atribui efeito vinculante ao relatório, nos termos seguintes: “Art. 168. O julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos. Parágrafo único. Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade”. Portanto, na esfera federal a conclusão do relatório é vinculante para a autoridade julgadora, salvo quando contrariar as provas dos autos.

Se a autoridade detectar a existência de vício insanável, anulará o processo no todo ou em parte. Quando a infração estiver capitulada como crime, o Ministério Público será cientificado para fins de instauração de ação penal.

Do ato impositivo de sanção disciplinar cabe recurso administrativo, na modalidade de pedido de reconsideração e de recurso hierárquico; se a autoridade julgadora se encontra no grau mais elevado da hierarquia do órgão, somente o primeiro é viável. Os prazos para interposição desses recursos vêm fixados nos estatutos.

Os estatutos contemplam, ainda, a *revisão* do processo, devendo ser aduzidos fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do

punido ou a inadequação da penalidade aplicada. Nesse caso, o ônus da prova cabe ao requerente. Em caso de falecimento ou ausência do servidor, qualquer pessoa da família poderá requerer a revisão do processo disciplinar. Se a revisão for julgada procedente, a penalidade é declarada sem efeito, restabelecendo-se todos os direitos do servidor.

### 13.12 Repercussão da sentença penal no processo administrativo disciplinar

Esta matéria também vem tratada sob as rubricas *comunicabilidade de instâncias*, *instância penal* e *instância administrativa*. Refere-se aos efeitos da sentença penal no âmbito do processo disciplinar, quando, paralelamente, pela mesma conduta, o servidor é réu em ação penal e indiciado em processo administrativo. Nesse caso, a conduta qualificada de crime e de infração disciplinar, ao mesmo tempo, vincula-se ao exercício de cargo, função ou emprego público, apresentando, portanto, caráter funcional. É o caso, por exemplo, das condutas arroladas no capítulo do Código Penal denominado “Dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral” (arts. 312 a 326).

Um dos preceitos nucleares na matéria encontra-se no art. 935 do Código Civil, segundo o qual 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.

Assim, a *condenação do servidor*, por estar decidida a existência do fato e reconhecido o seu autor, repercute no âmbito disciplinar, para levar à punição do servidor, também nesse campo.

Na hipótese de *absolvição*, se esta resultar de prova da inexistência do fato ou de prova da ausência de autoria, o servidor também será absolvido no processo disciplinar, por força do citado art. 935.

Se a sentença absolutória na ação penal reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito, acarreta a absolvição na esfera administrativa, com fundamento no art. 65 do Código de Processo Penal, pois esse tipo de absolvição faz coisa julgada no cível.

Caso a absolvição na ação penal se fundamente na *ausência de prova do fato*, *ausência de prova da autoria*, *ausência de prova suficiente para a condenação*, não constituir o fato infração penal, não trará consequências no âmbito administrativo. Isso porque a falta ou insuficiência de provas para fins penais não implica necessariamente falta ou insuficiência de provas para caracterizar a conduta como infração administrativa, e o fato que não constitui infração penal pode constituir infração administrativa disciplinar. Nessas hipóteses, ao servidor poderá ser imposta pena disciplinar, se ficar caracterizada sua autoria

na prática de infração administrativa, no devido processo disciplinar. Trata-se da chamada *falta residual* ou *resíduo*, a que se referem a doutrina e a jurisprudência; a respeito, a Súmula 18 do STF assim se expressa: “Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público”.

### 13.13 Bibliografia

- CRUZ, José Raimundo Gomes da. *O controle jurisdicional do processo disciplinar*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FORTINI, Cristiana (org.). *Servidor Público: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo Dutra*. Belo Horizonte: Forum, 2009.
- LUZ, Egberto Maia. *Direito administrativo disciplinar*. 3. ed. São Paulo: RT, 1994.
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2 ed. São Paulo: RT, 2008.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a reforma administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- MORÓN, Miguel Sánchez. *Derecho de la función pública*. Madri: Tecnos, 1996.
- NASSAR, Elody. *Prescrição na Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 1994.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *O direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao regime jurídico dos servidores públicos civis*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- \_\_\_\_\_. *O servidor público nas reformas constitucionais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.