

## DIREITO ADMINISTRATIVO

### AGENTES PÚBLICOS

**I - AGENTE PÚBLICO** - Na conceituação de Maria Sylvia Di Pietro “agente público seria toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta”. Observa-se assim que a expressão “agente público” seria o gênero que vem abraçar qualquer pessoa física que preste, sob as diversas formas de relação existente (estatutária, contratual...), um serviço ao Estado, ressaltando-se que conforme a natureza dessa relação jurídica se tipificarão as diversas espécies existentes que passarão a ser examinadas logo adiante.

Como já ressaltamos, a expressão “agente público” seria o gênero que por sua vez vem abraçar diversas espécies conforme a natureza da relação jurídica que vincule o indivíduo ao Estado. Nesse ponto reproduziremos a classificação consagrada por Celso Antônio Bandeira de Mello, e seguida por Maria Sylvia Di Pietro e Diógenes Gasparini, que colocam a o termo “agente público” como o gênero que comportaria três espécies, quais sejam: agentes políticos, servidores públicos e, por fim, os particulares em colaboração com o poder público.

**II - AGENTE POLITICO** - Na lição de Carvalho Filho “caracterizam-se por terem funções de direção e orientação estabelecidas na Constituição e por ser normalmente transitório o exercício de tais funções. Como regra sua investidura se dá através de eleição, que lhes confere o direito a um mandato, e os mandatos eletivos caracterizam-se pela transitoriedade do exercício das funções, como deflui dos postulados básicos das teorias democráticas e republicanas. Por outro lado, não se sujeitam às regras comuns aplicáveis aos servidores públicos em geral; a eles são aplicáveis normalmente as regras constantes da Constituição, sobretudo as que dizem respeito às prerrogativas e à responsabilidade política”.

De acordo com o entendimento acima exposto, a espécie agentes políticos agasalharia apenas aqueles que exercem realmente uma função tipicamente política, como representantes da vontade da coletividade, compreendendo as atividades que implicam na fixação de diretrizes ou planos governamentais. Seriam o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos e respectivos auxiliares imediatos, os Senadores, Deputados e Vereadores.

No entanto a conceituação suprareproduzida não é pacífica. O mestre Hely Lopes Meirelles subordina a espécie de agente político todos aqueles que exercem atribuições decorrentes diretamente da própria Constituição Federal, contemplando assim além dos que exercem funções eminentemente política os membros da magistratura, ministério público, tribunais de contas, representantes diplomáticos e “demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho das atribuições governamentais, judiciais ou quase judiciais, estranhas ao quadro do funcionalismo estatutário”.

Seguindo-se o posicionamento de Hely Lopes Meirelles os agentes políticos seriam identificáveis atualmente na Carta Magna, após o advento da Emenda nº 19, por serem aqueles que seriam remunerados sob o regime do subsídio.

**III - PARTICULARES EM COLABORAÇÃO COM O PODER PÚBLICO** - Seriam, em suma, aqueles que prestam serviços ao Estado sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração. Como exemplo teríamos os jurados, as pessoas convocadas para serviços eleitorais, como os mesários e os integrantes de juntas apuradoras, os empregados das empresas concessionárias e permissionárias do serviço público.

**IV - SERVIDORES PÚBLICOS** - Em face da controvérsia doutrinária que paira acerca da conceituação de tal instituto, seguir-se-á na presente obra a inteligência firmada pela administrativista Maria Sylvia Di Pietro que define “servidores públicos em sentido amplo seriam as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos” (“Direito Administrativo”; 14ª edição, pág. 433, Editora Atlas; 2002).

A Constituição Federal de 1988 não utilizou em seu corpo o termo funcionário público que por sua vez se refere a espécie de servidores submetidos ao regime estatutário, diferenciando-o do empregado público que seriam os contratados sob regime da legislação trabalhista (celetista) e ocupantes de um emprego público, bem como dos servidores temporários que seriam aqueles contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX da Constituição), sendo que eles exercem uma função sem estarem vinculados a cargo ou emprego público (na área federal regido pela Lei nº 9.849 de 26.10.1999).

Compreende-se assim, que a expressão servidores públicos engloba as modalidades servidores estatutários, empregados públicos e servidores temporários .

**V - REGIME ESTATUTÁRIO** - Seria o conjunto de regras que regula a relação funcional que se estabelece entre o servidor e o Estado.

Cada ente da federação (União, Estado e Municípios) é autônomo para instituir o seu próprio Estatuto, obedecendo-se às normas insculpidas no texto constitucional, e podem livremente modificá-los, desde que respeitados os direitos já adquiridos pelo servidor.

Tal regime é instituído por lei, não podendo conseqüentemente ser alterado pela livre vontade das partes. Esta relação não tem natureza contratual sendo que todos os direitos e obrigações que incidem sobre o servidor submetidos a este regime decorrem diretamente da lei, afastando-se completamente a possibilidade de que o Poder Público e o servidor venham a celebrar um contrato de trabalho dispondo a respeito de alguns aspectos dessa relação.

No tocante aos regimes jurídicos funcionais que abraçariam os servidores públicos, além do estatutário definido acima, temos o regime celetista ou trabalhista que é aquele oriundo da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) caracterizando-se na celebração de um contrato de trabalho e que se aplica em geral sobre todas as relações jurídicas entre empregadores e empregados na esfera privada.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a redação original do art. 39 ao versar a respeito dos servidores públicos instituiu a figura do regime jurídico único, ou seja, a partir daquele momento os entes federativos deveriam dispensar a seus servidores idêntico tratamento legal, submetendo os mesmos à ordem

do mesmo regime, seja estatutário ou celetista.

Constata-se, que com o nascedouro da nova Carta Constitucional, não se admitiu mais que as pessoas jurídicas de direito público, quais sejam, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias e fundações públicas, viessem a se relacionar com seus servidores sob regime diverso, valendo no entanto esclarecer que no pertinente aos servidores de empresas públicas e sociedades de economia mista (vide como exemplo a Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil, respectivamente) estes obrigatoriamente hão de se submeter ao regime celetista uma vez que tais entidades, em que pese terem sido criadas pelo Estado, possuem natureza de direito privado em virtude de exercerem atividades eminentemente econômicas.

P.S. Destarte, em relação aos servidores das empresas públicas e sociedades de economia mista há de ser dispensado o mesmo regime que contempla os empregados das demais empresas privadas, salvo algumas derrogações impostas pela própria Constituição Federal (pode-se mencionar como exemplos de tais derrogações a exigência de concurso público como requisito para ingresso e a vedação de acumulação de cargo, emprego ou função pública).

**É mister apontar que com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, foi dada nova redação ao citado art. 39 da CF/88, extinguindo-se o instituto do regime jurídico único, impondo-se, por via de consequência, o raciocínio, de que a partir de tal instante, não se exige mais que os entes federativos bem como as autarquias e fundações públicas venham a submeter os seus servidores à idêntico regime jurídico, estando tais pessoas livres para deliberarem acerca do tratamento a ser outorgado aos mesmos, que tanto pode ser normas de natureza estatutária como a relação funcional poderá se formar com a celebração de um contrato de trabalho subordinado às normas gerais da Consolidação das Leis do Trabalho.**

No entanto, em relação a esta questão deve-se chamar atenção para uma decisão recente do Supremo Tribunal Federal.

Encontra-se em tramitação perante o STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135, que questiona a alteração efetuada pela Emenda Constitucional nº 19/98 no caput do art. 39 da CF/88, que culminou na extinção do regime jurídico único.

Os partidos políticos (PT, PDT, PC do B e PSB) que propuseram a destacada ADIN apontaram inconstitucionalidade formal na tramitação da referida Emenda, em especial na modificação efetuada no caput do art. 39, uma vez que neste caso não teria sido observado o requisito assentado no § 2º do art. 60 da CF/88, que exige para a promulgação de uma emenda constitucional que a proposta seja discutida e votada em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

No julgamento ocorrido na data de 02/08/2007, o STF, em caráter cautelar (ainda não houve a apreciação definitiva da questão), concedeu liminar suspendendo o caput do artigo 39 da CF/88 com a redação dada pela Emenda nº 19/98. Dessa forma, é forçoso reconhecer que novamente vigora a redação

originária do art. 39 da CF/88, que prevê a adoção do regime jurídico único.

Para uma melhor visualização, eis o que dispunha a redação inicial:

*“A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreiras para os servidores da administração direta, das autarquias e das fundações públicas”*

Compare agora com a redação que a Emenda nº 19/98 deu ao caput do citado artigo:

*“A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.”*

Verifica-se, na nova redação dada pela Emenda nº 19/98, que o caput do art. 39 não fazia mais referência à necessidade do regime jurídico único.

Porém, com a liminar concedida pelo STF na ADIN nº 2.135, repise-se, volta a prevalecer a redação inicial e, com isso, a obrigatoriedade de que os entes federativos instituíam novamente um único regime aos seus servidores.

No âmbito federal, o estatuto cuidado na Lei nº 8.112/90 é o único nesse momento que pode reger os servidores públicos federais. Não há, a partir de agora, respaldo legal para que a administração federal direta, autárquica e fundacional contratem pelo regime da CLT.

Com a concessão da liminar pelo STF, um ponto que se discute é a aplicabilidade da Lei nº 9.962/00, que disciplinou o regime de emprego público do pessoal da administração federal direta, autárquica e fundacional.

O art. 1º da Lei nº 9.962/2000 estabelece que “O pessoal admitido para emprego público na Administração federal direta, autárquica e fundacional terá sua relação de trabalho regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e legislação trabalhista correlata, naquilo que a lei não dispuser em contrário.”

Nesse ponto, é essencial elucidar que o próprio STF atribuiu efeito *ex nunc* à liminar concedida, respeitando-se situações jurídicas que ocorreram no lapso entre a promulgação da Emenda nº 19/98 e a decisão que suspendeu liminarmente a nova redação do caput do art. 39.

Assim, após a concessão da liminar na ADIN nº 2135, torna-se inaplicável a Lei nº 9.962/00. Contudo, no que tange aos contratados sob o regime celetista antes desta decisão do STF, estes serão mantidos como empregados públicos, inclusive sob a égide da referida lei, já que a liminar não teve efeitos retroativos.

P.S. Ainda cumpre fazer menção ao que a doutrina denomina de regime especial que abraçaria os servidores temporários, ressaltando-se que tal regime seria disciplinado

em lei de cada unidade da federação. Entretanto observando-se o texto constitucional verifica-se que o mesmo estatui que “a lei estabelecerá os casos de contratação desses servidores”, impondo-se assim a inteligência de que a Constituição caracterizou tal relação como de natureza contratual, mas nada impedindo que a lei instituidora do regime fixem algumas normas derogatórias do regime puramente contratual.

**VI - CARGO, EMPREGO E FUNÇÃO** - Cargo Público é uma unidade jurídica existente no âmbito da estrutura administrativa, instituído por lei, visando à prestação de atribuições específicas que serão exercidas por servidores submetidos ao regime estatutário, sendo que a Lei que criou tal cargo fixará um padrão remuneratório que será devido ao titular do mesmo, bem como dará uma denominação própria a este cargo.

Na classificação do cargo público, além do cargo efetivo integrado no quadro permanente da Administração e que será obrigatoriamente ocupado por um servidor estatutário cujo ingresso exige a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, tem-se ainda, o cargo comissionado, que visa o exercício de funções de chefia, direção ou assessoramento, a critério discricionário da Administração.

**A expressão emprego público por sua vez refere-se à unidade jurídica dotada de atribuições ocupada por um servidor celetista, ou seja, aquele que tem um vínculo contratual com a Administração, uma vez que celebrou com a mesma um contrato de trabalho nos termos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho.**

Por fim, consideram-se funções públicas aquela série de atribuições desempenhadas por um servidor, que não titulariza nenhum cargo ou emprego público.

A função pública deve ser vista como sinônimo de atribuições (conjunto de tarefas a serem prestadas por um servidor) e dentro dessa linha de entendimento observa-se que inexistem cargo ou emprego em que não haja uma série de funções referentes aos mesmos expressamente previstos em lei.

Ocorre que em certos casos haverá o exercício de atribuições públicas por parte de um agente que não corresponderão a nenhum cargo ou emprego, e são estas tarefas que são tratadas como funções públicas em sentido *stricto sensu*.

De acordo com a atual Constituição Federal nós podemos observar dois tipos de funções que não correspondem a cargo ou emprego público: a função exercida por servidores contratados temporariamente, com base no art. 37, IX da Carta Magna de 1988; e as funções correspondentes à chefia, direção ou assessoramento, que seriam as chamadas funções de confiança, de livre nomeação e livre exoneração, prevista no art. 37, inciso V da CF/88, podendo-se ainda apontar o caso das pessoas que são convocadas a trabalhar como mesárias no dia das eleições ou para servir como juradas no Tribunal do Júri.

Observa-se então que a Constituição Federal de 1988 apesar de no art. 37, I fazer menção as três figuras (cargo, emprego e função), no instante em que estabelece a exigência do concurso público no inciso II

do mesmo art. 37 somente faz referência a cargo e emprego público, não abrangendo o exercício da função pública, até porque tal exigência se demonstraria incompatível com a natureza da função, pois como já exposto, os que a exercem ou são contratados temporariamente para atender necessidades urgentes da Administração ou então são ocupantes de função de confiança (que são de livre nomeação e livre exoneração).

Em relação aos servidores temporários deve-se frisar que a urgência da contratação é incompatível com a demora de um procedimento de concurso, mas isso não impede sob forma alguma que a Administração venha a realizar algum processo seletivo mais célere.

**VII - SERVIDORES ESTATUTÁRIOS X SERVIDORES CELETSTAS** - Diante do texto constitucional em vigor insta apontar que somente os servidores estatutários, ocupantes de um cargo público, farão jus ao instituto da estabilidade, conforme preceituada no art. 41 CF/88, e também somente aos servidores estatutários assiste o direito de se aposentar conforme as regras instituídas no art. 40 da CF/88. No que tange aos servidores celetistas os mesmos jamais farão jus ao instituto da estabilidade e se aposentarão pelo regime geral de previdência social previsto no art. 201 da Carta Magna de 1988.

**VIII - ESTABILIDADE** - É a garantia de permanência no serviço público assegurada ao servidor estatutário, nomeado para cargo de provimento efetivo em virtude de prévia aprovação em concurso público, após decorrido o período de **03 (três)** anos denominado estágio probatório, lapso este em que o servidor será submetido à avaliação especial de desempenho auferida por comissão instituída para essa finalidade, sendo que após o decurso de tal período o servidor somente pode perder seu cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado; processo administrativo em que lhe seja assegurado a ampla defesa; mediante avaliação periódica de desempenho a ser realizada na forma estipulada por lei complementar, preservando-se também o direito à ampla defesa; ou quando o ente público exceder, nas despesas com pessoal ativo e inativo, os limites estabelecidos em lei complementar, mas nessa última hipótese antes de se atingir os servidores estáveis deve-se reduzir em pelo menos vinte por cento as despesas com cargo de comissão e função de confiança e, ainda antes de atingir os servidores estáveis, exonerar os servidores não-estáveis.

A estabilidade vem tratada nos arts. 41 e 169 § 3º da Constituição Federal de 1988.

Há de se destacar que a Emenda Constitucional nº 19 provocou diversas alterações no instituto da estabilidade. O primeiro a ser ressaltado foi em relação ao prazo para se adquirir a mesma, cabendo apregoar que hoje o prazo aquisitivo passou de dois para três anos, ou seja, somente se adquire a estabilidade após três anos de efetivo exercício, sendo que tal período inicial de três anos, no qual o servidor será submetido a uma avaliação especial de desempenho por comissão instituída para esta finalidade, será denominado estágio probatório.

A aludida Emenda Constitucional também ampliou as hipóteses em que o servidor pode vir a perder a estabilidade, e conseqüentemente o próprio cargo público. Até então o servidor somente perderia a estabilidade em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe fosse assegurado a ampla defesa. No entanto a Emenda nº 19 apregoou que o servidor também poderá perder a estabilidade em virtude de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei

complementar, como também em caso de necessidade de redução de despesas, situação em que o servidor estável poderá ser exonerado de acordo com o art. 169 da CF/88.

Cumpra nesse ponto fazer uma análise das quatro hipóteses constitucionais de perda da estabilidade:

- mediante sentença judicial transitada em julgado: nessa hipótese o servidor veio a cometer um crime ou contravenção tipificado na legislação penal, e em virtude de tal conduta veio a sofrer uma sentença condenatória, no instante em que tal decisão vier a transitar em julgado, ou seja, quando da sentença condenatória não couber a interposição de mais nenhum recurso se dará a perda do cargo público.

Nesse tocante deve-se verificar a categoria do crime imputado ao servidor. Nós temos os denominados crimes funcionais, que são aqueles em que o ilícito penal tem uma correlação com os deveres administrativos, e há também os crimes não-funcionais que abraçariam todas as demais infrações, ou seja, seria o ilícito que não tem conexão com os mencionados deveres administrativos.

Se for um crime funcional, de acordo com o disposto no Código Penal (art. 92, I, com redação dada pela Lei nº 9.268/96) a perda do cargo só ocorrerá quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, havendo também previsão de perda da função pública na hipótese de condenação por ato contra a probidade administrativa quando se aplicará o art. 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92.

Mas se porventura a ilicitude cometida pelo servidor se configurar como um crime não funcional, a perda do cargo público somente ocorrerá se a pena a ser aplicada for superior a quatro anos, conforme redação dada pela art. 92, I, "b" do Código Penal (com redação também dada pela Lei nº 9.268/96).

- mediante processo administrativo em que seja assegurado ao servidor o direito à ampla defesa: neste caso a conduta do servidor se configura em violação grave às obrigações previstas no estatuto, ressaltando-se que em decorrência de tal fato o mesmo veio a responder a um processo administrativo, em que lhe foi assegurado o direito à ampla defesa, sendo que no final de tal processo concluiu a Administração pela aplicação da pena de demissão. Na esfera estadual são os casos previstos no art. 298 do Decreto nº 2.479/79.
- mediante procedimento administrativo de avaliação de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada a ampla defesa: como já frisado, esta hipótese foi acrescentada pela Emenda Constitucional nº 19, entretanto, enquanto não for regulamentada, o que se dará com o advento de uma lei complementar, não poderá ser efetivada pela Administração. Tal medida busca concretizar o princípio da eficiência consagrado no caput do art. 37 da Carta Magna de 1988 que por sua vez deve nortear toda atividade administrativa. Esta hipótese imporá ao servidor, durante toda sua vida funcional, a um permanente dever de eficiência que irá ser averiguado periodicamente pela Administração, e no instante em que o servidor

não atender mais aos critérios de eficiência e qualidade impostos pelo Estado poderá perder o seu cargo público. Há de se esclarecer que os requisitos a serem observados nessa avaliação de desempenho ainda serão fixados pela lei complementar que deverá regulamentar tal dispositivo constitucional, acrescentando-se que se impõe a necessidade de que os requisitos a serem observados sejam extremamente objetivos até para que o servidor possa exercer o seu direito constitucional de ampla defesa..

- quando o ente público ultrapassar os limites estabelecidos em lei complementar nas despesas com servidores ativos e inativos: é importante salientar que esta hipótese só poderá ser efetivada depois que a Administração adotar duas medidas preventivas, sendo que somente se as mesmas se demonstrarem infrutíferas é que se dará a exoneração do servidor que já tenha adquirido a estabilidade. As medidas preventivas a serem adotadas pelo Estado serão: a redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança e a exoneração dos servidores não-estáveis.

No que se refere à exoneração dos servidores não estáveis o art. 33 da Emenda Constitucional nº 19 aponta que seriam aqueles admitidos no serviço público sem concurso público de provas ou de provas e títulos após o dia 05 de outubro de 1983.

Esclarece-se que o art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias conferiu uma estabilidade excepcional aos servidores civis que na data da promulgação da Carta Magna de 1988 já estavam em exercício há pelo menos cinco anos continuados na União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como autarquias e fundações públicas, e que não tenham sido admitidos através de prévia aprovação em concurso público.

Visualiza-se portanto que nós temos dois tipos de servidores estáveis, quais sejam, aqueles que foram nomeados por concurso público e cumpriram o período do estágio probatório, e os que adquiriram a estabilidade por força do citado art. 19 do ADCT da Constituição Federal de 1988, que conferiu uma estabilidade excepcional a todos os servidores que já se encontravam em exercício há pelo menos cinco anos quando entrou em vigência a atual Carta Magna, neste último caso independe o fato de terem se submetido ou não a concurso público.

Nesse ponto vale enfatizar que os servidores que ingressaram no serviço público nos cinco anos anteriores à atual Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, sem terem se submetidos a concurso público, não obtiveram a estabilidade excepcional estatuída no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CF/88 e são estes que deverão ser primordialmente atingidos quando o Estado tiver que adotar a medida preventiva supradestacada.

Assim conforme já exposto, somente depois de tomadas as duas medidas preventivas acima delineadas, é que se poderá exonerar o servidor estável, fazendo com que o mesmo perca o seu cargo público, desde que haja no entanto um ato normativo motivado de cada um dos poderes, especificando a atividade funcional,

o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal (art. 169, § 4º da Carta Magna de 1988).

Analisando as quatro hipóteses de perda da estabilidade, enxerga-se nitidamente que nas três primeiras hipóteses a perda do cargo ocorreu em virtude de uma conduta irregular do servidor, ou seja, a perda da estabilidade atuou como uma sanção em decorrência de um comportamento odioso do mesmo. Já nesta última hipótese a perda da estabilidade se deu meramente em virtude de uma contenção de despesa por parte do Estado. Portanto, quando o servidor estável for exonerado pelo motivo do ente público ter ultrapassado o limite fixado em lei complementar nas despesas com pagamento de pessoal o mesmo fará jus a uma indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço (art. 169, § 5º da CF/88), ressaltando-se ainda, que o cargo objeto da redução será considerado extinto, não podendo ser outro criado com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos (art. 169, § 6º da CF/88).

A Lei nº 9.801 de 14 de junho de 1999 estabeleceu os critérios que devem ser observados pela Administração no instante em que for se exonerar os servidores estáveis por excesso de despesa: menor tempo de serviço público, maior remuneração e menor idade (art. 2º § 2º da citada Lei nº 9.801/99).

**IX - DISPONIBILIDADE** - É a situação funcional na qual se encontra o servidor estável que teve o seu cargo extinto ou que foi declarada a sua desnecessidade.

Para a ocorrência do instituto da disponibilidade toma-se necessário assim a ocorrência de dois pressupostos, quais sejam, que o servidor já tenha adquirido a estabilidade e que o cargo que ele ocupe tenha sido extinto ou que tenha sido declarada pela Administração a sua desnecessidade, cumprindo destacar que nesses casos o servidor permanecerá em disponibilidade até ser aproveitado em outro cargo público de natureza e vencimentos compatíveis com o cargo anteriormente ocupado (art. 41, § 3º da CF/88).

De acordo com o texto constitucional em vigor, durante o período que o servidor ficar em disponibilidade o mesmo receberá de forma proporcional ao tempo de serviço, contando-se para tanto apenas o tempo de serviço na área pública, seja federal, municipal ou estadual.

Distinção importante - em relação à aposentadoria a contagem é feita em cima do tempo que o servidor já tenha contribuído (tempo de contribuição), já no tocante a disponibilidade, o que se leva em consideração é o tempo de serviço na área pública.

P. S. A Lei nº 8.112/90, que cuida do estatuto dos servidores públicos civis federais, em seu artigo 103, inciso V, aceita na contagem para efeitos de disponibilidade o tempo de serviço na área privada desde que tenha havido contribuição.

**X - PROVIMENTO** - É o ato formal da Administração pelo qual o servidor público é colocado na titularidade de um cargo, emprego ou função pública. O provimento tanto pode ser originário ou derivado. O provimento originário é o que vincula inicialmente o servidor ao cargo, emprego ou função, tanto pode ser a nomeação como a contratação dependendo do regime jurídico a que se submeta o servidor (nomeação se a relação for estatutária ou contratação se a relação for celetista).

Tratando-se de cargo público efetivo ou emprego público o provimento originário pressupõe sempre prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, excepcionando-se o provimento em cargo comissionado, que como declara o próprio texto constitucional será de livre nomeação e exoneração.

Já o provimento derivado depende de um vínculo anterior do servidor com a Administração. Cumpre salientar que após o advento da nova Carta Constitucional de 1988, que em seu artigo 37, II exige a aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, foram extintas praticamente todas as formas existentes que permitiam o servidor passar de um cargo para o outro sem a feitura de um novo concurso público, ou então que ocorresse a vacância (que seria o seu desligamento) e o servidor retornar ao seu cargo sem se submeter a um novo concurso público.

No entanto, admitem-se ainda algumas situações excepcionais onde o servidor já titular de um cargo público pode ser provido num outro, ou então se desvincular da Administração e retornar posteriormente sem se submeter a um novo concurso. Estas são hipóteses excepcionais, as quais chamamos de formas de provimento derivado. Podemos enumerar hoje como formas de provimento derivado, inobstante haver inúmeras divergências doutrinárias, **o aproveitamento, a reintegração, a recondução, a readaptação, a reversão ex officio e a promoção.**

**Aproveitamento:** ocorre com o retorno à atividade do servidor que se encontrava em disponibilidade. Há de ser colocado em disponibilidade o servidor estável que teve o seu cargo público extinto declarado desnecessário pela Administração. Nesse caso o servidor permanecerá em disponibilidade até vir a ser “aproveitado” num cargo público de natureza e vencimentos semelhantes com aquele que ocupava anteriormente.

Observa-se que somente poderá ser aproveitado o servidor estável uma vez que somente o mesmo poderá ser colocado em disponibilidade nas situações previstas no texto constitucional.

**Reintegração:** ocorre quando o servidor retoma a seu cargo após ter sido reconhecida a ilegalidade de sua demissão. O art. 41, § 2º da CF/88 estatui no sentido de que invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável terá direito o mesmo de retornar ao cargo que ocupava anteriormente, recebendo retroativamente todos os direitos e vantagens do período em que ilegalmente se encontrava demitido, sendo que este período deverá ser contado para todos os efeitos como de efetivo exercício.

Apesar da Constituição se referir à reintegração como anulação de demissão por sentença judicial, nada impede que a própria Administração anule o ato de demissão, uma vez que é assegurado a Administração, com fulcro no princípio da autotutela, o dever de anular os seus próprios atos quando os mesmos se revestirem como ilegais.

É importante ponderar ainda que inobstante a Carta Constitucional se referir apenas à invalidação do ato de demissão, tal fenômeno também pode vir a ocorrer na hipótese de se anular o ato que veio a exonerar o servidor.

**Imagine um servidor que não veio a ser aprovado no estágio probatório e conseqüentemente a Administração o exonerou de ofício. No caso de ter havido alguma ilegalidade no procedimento de avaliação a que se submeteu o servidor para efeitos de aquisição de estabilidade, certamente o ato que o exonerou deverá ser invalidado, (seja pelo Judiciário ou pela própria Administração), e o servidor deverá ser reintegrado no cargo que até então titularizava.**

Esclarece-se que se uma outra pessoa já estava ocupando o cargo do servidor que fora demitido e obteve a reintegração o mesmo se já for estável poderá ser reconduzido ao cargo de origem, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade, mas se porventura o mesmo ainda não tiver adquirido a estabilidade, diante da omissão do texto constitucional, impõe-se o entendimento de que o mesmo seja exonerado *ex officio*.

**Recondução:** é o retorno do servidor estável ao cargo que ocupava anteriormente, por motivo de sua inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo ou pela reintegração de outro servidor ao cargo do qual teve que se afastar.

Como se constata somente poderá desfrutar da recondução o servidor que já faz jus à proteção da estabilidade.

Para a adequada compreensão de tal instituto é importante que se visualize na direção de que a estabilidade é uma garantia **assegurada no serviço público e não no cargo público** em que o servidor veio a titularizar.

Em que pese a controvérsia doutrinária acerca de tal temática, a própria previsão constitucional dos institutos da recondução e do aproveitamento como formas de provimento derivado já serve para pacificar a questão no sentido de que o servidor público é estável no serviço público de determinado ente federativo.

Buscando exemplificar claramente o raciocínio supradesenvolvido, vale analisar a proteção da disponibilidade.

Como já apontado, desfrutará de tal beneplácito o servidor já estável que teve seu cargo extinto ou que foi declarada sua desnecessidade, situação esta em que tal servidor continuará vinculado ao Estado até que se de o seu aproveitamento em outro cargo público de natureza e vencimentos semelhantes ao que ocupava anteriormente.

Repare que se a estabilidade ocorresse no cargo público no instante em que o mesmo viesse a ser extinto, a proteção da estabilidade também estaria fulminada, não havendo qualquer respaldo para que o servidor permanecesse nos quadros da Administração numa inatividade provisória aguardando seu aproveitamento.

Assim o que justifica a própria existência da garantia da disponibilidade e conseqüentemente do aproveitamento, vale repetir, é o fato da estabilidade dar-se no serviço público.

A mesma linha de inteligência deverá ser seguida para que se visualize nitidamente o instituto da

recondução.

Em consonância com o ordenamento jurídico vigente e o posicionamento consolidado na melhor doutrina, a recondução pode ocorrer em duas situações distintas. A primeira decorre expressamente do texto constitucional estando previsto no já destacado art. 41 § 2º da Constituição Federal de 1988 que o servidor estável ocupante da vaga daquele que obteve a reintegração terá direito de ser reconduzido ao cargo de origem, sem direito a qualquer indenização, aproveitado em outro cargo ou colocado em disponibilidade.

É óbvio que o servidor estável em tal situação somente poderá ser reconduzido ao cargo de origem se ele já veio a ocupar um cargo anteriormente na estrutura daquela pessoa federativa (União, Estado, Distrito Federal e Municípios).

Exemplificando tal hipótese, suponha-se um servidor que ocupava um cargo efetivo de auxiliar administrativo na estrutura funcional do Estado do Rio de Janeiro já tendo adquirido estabilidade no serviço público deste ente político

Se tal servidor resolve fazer um concurso para ingressar num cargo diverso também do Estado do Rio de Janeiro, e vier a ser aprovado e posteriormente nomeado, para entrar em exercício neste novo cargo torna-se mister que o mesmo se desvincule do cargo anterior, uma vez que em regra não se admite a possibilidade de acumulação de cargo, emprego ou função, excepcionalizados os casos expressamente previstos na Constituição Federal.

O que há de ser destacado no entanto é que a estabilidade já adquirida pelo servidor será mantida mesmo ele tendo se desvinculado do cargo anterior e ingressado num novo cargo.

No caso deste servidor vier a ocupar a vaga daquele que veio a ser demitido e mais a frente obteve a reintegração terá direito o mesmo de ser reconduzido ao cargo de Auxiliar Administrativo que ocupava outroramente sem direito a qualquer indenização, e isto decorre do fato da estabilidade garantir a permanência do servidor estatutário no serviço público, jamais em um cargo efetivo específico.

A recondução dessa forma há de ser tratada como provimento derivado pois no instante em que o servidor entrou em exercício no novo cargo se deu a vacância em relação ao cargo anterior e com a reintegração do outro servidor demitido ilegalmente, aquele voltará a ocupar o antigo cargo embora já tenha ocorrido o seu desligamento do mesmo.

A outra situação de recondução admitida em direito ocorre com o servidor que também já adquiriu estabilidade no serviço público e ao ingressar num novo cargo no âmbito daquele mesmo ente da federação em que obteve a estabilidade não veio a ser aprovado no estágio probatório.

O fundamento é o mesmo da primeira hipótese, qual seja, em decorrência de que a estabilidade se dá no serviço público, o servidor não poderá ser exonerado na hipótese de não ser aprovado no estágio probatório, devendo neste caso ser reconduzido ao cargo anterior.

Este segundo caso de recondução é previsto legalmente no art. 29 da Lei nº 8.112/90 que estabelece as normas estatutárias do servidor público civil federal.

**Readaptação:** Ocorre quando o servidor sofre uma limitação física ou mental e uma junta médica constata que o mesmo, em face da limitação parcial que sofreu não pode mais continuar a exercer as funções que até então exercia, mas poderá perfeitamente exercer outras atribuições compatíveis com a limitação sofrida.

**Reversão:** Ocorre tal instituto, quando o servidor aposentado por invalidez recupera a sua capacidade laborativa, ou seja, quando cessar a incapacidade que gerou a aposentadoria por invalidez.

Ocorrendo tal situação será cancelado o ato que o aposentou por invalidez e determinado o retorno do servidor ao exercício de suas funções. Tal instituto deve ser tratado como provimento derivado pois no instante em que se deu a aposentadoria, ocorreu a vacância do cargo até então ocupado e o retorno do servidor neste caso se deu sem a necessidade do mesmo se submeter a um novo concurso público, ou seja, decorreu de um vínculo anterior que o indivíduo já tinha com a Administração.

O art. 25 da Lei nº 8.112/90, em seu inciso II prevê também a possibilidade do servidor aposentado voluntariamente requerer a sua reversão no prazo de 05 (cinco) anos, a contar da data em que veio a se aposentar, desde que haja interesse da Administração, que o servidor já fosse estável quando estava em atividade, bem como que o cargo esteja vago.

**Promoção:** Na lição de Maria Sylvia Di Pietro (“Direito Administrativo”, pág. 489) seria a “forma de provimento pelo qual o servidor passa para cargo de maior grau de responsabilidade e maior complexidade de atribuições, dentro da carreira a que pertence”.

**XI - VACÂNCIA** - Ao inverso do provimento, vacância é o ato administrativo pelo qual o servidor é desvinculado do seu cargo, emprego ou função. Seria o ato que destitui o servidor de determinado cargo, emprego, ou função. Podemos enumerar como formas de vacância (apesar de mais uma vez não haver um consenso doutrinário sobre tal tema) **a aposentadoria, o falecimento, a demissão, a exoneração, a readaptação, a posse em outro cargo inacumulável e a promoção.**

É de grande valia nos concentrarmos inicialmente na diferenciação entre a demissão e a exoneração.

A demissão, como já demonstrado, constitui penalidade decorrente da prática de uma ilicitude por parte do servidor. Já a exoneração não tem a natureza de penalidade. Repare portanto que a demissão somente pode advir do Estado como fruto de um processo em que foi assegurado o direito à ampla defesa ao servidor. Se porventura o servidor resolve se desvincular do seu cargo público seja pelo motivo que for ele jamais pedirá demissão, mas sim exoneração.

A exoneração, por sua vez, que não se caracteriza como pena, em regra será sempre a pedido, ou seja, partirá do servidor, ressaltando-se que apenas em situações excepcionais admitir-se-á que a exoneração seja

de ofício, quais sejam:

1. quando o servidor vier a tomar posse e não entrar em exercício no prazo legal;
2. quando se tratar de função de confiança ou de cargo comissionado;
3. quando o servidor não vier a ser aprovado no estágio probatório,
4. pode ocorrer com o servidor não estável que teve o seu cargo público extinto ou que foi declarada a sua desnecessidade;
5. pode vir a ocorrer com o servidor não estável que estava ocupando o cargo daquele servidor que foi reintegrado;
6. ocorre ainda com os servidores não estáveis que ingressaram no período de cinco anos anteriores ao advento da Carta Constitucional de 1988, quando o Estado ultrapassar o limite permitido em lei nas despesas com pessoal, podendo ainda serem exonerados *ex officio* pelo mesmo motivo os servidores estáveis, quando o Estado após adotar as medidas preventivas que já foram estudadas acima e, ainda assim, continuar a ultrapassar o limite legal no gasto com pagamento de servidores;

Destaca-se que a readaptação e a promoção se configuram simultaneamente tanto como forma de vacância como forma de provimento derivado. Ex: a readaptação se configurará como provimento derivado no que concerne ao ingresso do servidor no novo cargo público em decorrência da limitação laborativa sofrida pelo mesmo que o impossibilita de exercer as funções que até então lhe era atribuída, e vacância no que se refere ao fato do servidor ter se retirado do cargo que ocupava anteriormente.

P. S. Vale esclarecer que a remoção não se configura nem como forma de provimento derivado nem como vacância, pois o servidor que vier a ser removido continuará a ocupar o mesmo cargo público, sendo que a alteração se dará somente em relação à área em que atuará. Não deve se confundir a figura da transferência com a remoção. Na remoção, que é aceita plenamente no ordenamento jurídico pátrio, o servidor continua titularizando o mesmo cargo, se alterando apenas sua área de lotação, enquanto na transferência ocorre a própria mudança do cargo, sem a subsunção a um concurso público bem como a nenhuma outra situação excepcional balizada no texto constitucional que validasse tal ocorrência, razão pela qual a **transferência não vigora mais em nosso comando normativo.**