

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Flávio Comunello

O INSTITUTO DA RECONDUÇÃO E A REPOSIÇÃO AO *STATUS*
QUO ANTE DO SERVIDOR PÚBLICO À LUZ DOS PRINCÍPIOS
NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Casca
2013

Flávio Comunello

O INSTITUTO DA RECONDUÇÃO E A REPOSIÇÃO AO *STATUS QUO ANTE* DO SERVIDOR PÚBLICO À LUZ DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, Campus Casca, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação da Professora Me. Nadya Regina Gusella Tonial.

Casca
2013

Às três mulheres que fazem a alegria de
minha vida, Danuza, Ana Flávia e Rafaela, pelo
apoio, incentivo, compreensão e amor.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da vida e por mostrar e iluminar o caminho a percorrer na busca do aperfeiçoamento humano e espiritual.

Aos meus familiares de sangue e por afinidade que de alguma forma participaram desta conquista.

A todos os colegas de turma, em especial ao Thales André Tibola, Luiz Fernando de Oliveira e Paula Prada Caus, pela amizade e parceria.

À Professora orientadora Me. Nadya Regina Gusella Tonial, pelo desprendimento, dedicação, amor a docência, apoio e amizade incondicional.

A todos os professores que ao longo dos cinco anos plantaram a semente do conhecimento e cujos frutos não nos farão esquecer-los.

À coordenação do curso, em especial a Profª. Me. Nádyia Regina Gusella Tonial e ao Prof. Dr. Giovani Corallo, pelos esforços na busca da excelência do curso de direito da UPF Campus Casca, nota 4 no Exame Nacional de Desempenho de Estudantes.

À minha mãe Neiva Lunelli que viu iniciar a caminhada, mas partiu, e lá do alto certamente guiou-me até a conclusão do curso e na aprovação no X Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, com a qual partilho a imensa alegria.

A todos, obrigado.

“Quanto mais aumenta nosso conhecimento, mais evidente fica nossa ignorância”.

John F. Kennedy

RESUMO

O presente estudo analisa o instituto da recondução, aplicado aos servidores públicos, e as formas previstas na legislação nacional. Objetiva-se verificar as hipóteses admitidas no ordenamento jurídico, evidenciando os pontos controversos que envolvem o tema, visto que impactam diretamente nas relações entre os servidores públicos e o Estado. Em especial, no que se refere a constitucionalidade das legislações que regulam a matéria; a quebra da estabilidade e a extinção do vínculo jurídico-administrativo provocado pela exoneração; e a possibilidade de haver a recondução motivada pela desistência do estágio probatório e entre as diferentes unidades federativas. Desde logo, verifica-se que não há inconstitucionalidade nas legislações analisadas, e que os efeitos da exoneração, na extinção do vínculo, estão sujeitos a uma causa suspensiva, não gerando a quebra da estabilidade. Além disso, existe a possibilidade de recondução pela desistência do estágio probatório, mesmo com cargos de unidades federativas diversas, pois, a estabilidade é um atributo pessoal e não do cargo. Num viés hermenêutico e dialético, constata-se que tanto o legislador, quanto o Judiciário ampliaram o leque de hipóteses de cabimento da recondução, em evidente afronta aos princípios que regem a administração pública, mormente o da eficiência, da economicidade, da segurança jurídica e da supremacia do interesse público. Assim, a utilização do instituto merece críticas, uma vez que demanda uma melhor normatização legislativa e adequação interpretativa, para que não se distancie do objetivo da administração pública que é o bem comum.

Palavras chave: Administração pública. Instituto da recondução. Princípios Constitucionais. Servidor Público.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO ...	10
1.1 O Estado Democrático de Direito	10
1.2 Administração pública: conceito, natureza jurídica e finalidade	14
1.3 Os poderes inerentes à administração pública e sua principiologia.....	17
1.3.1 Poderes da administração pública	18
1.3.2 Princípios norteadores da administração pública	22
2 AGENTES PÚBLICOS: A ESTRUTURA HUMANA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	34
2.1 Classificação dos agentes públicos	35
2.2 O regime jurídico dos servidores públicos ..	38
2.3 Formas de investidura dos servidores públicos ..	39
2.4 Acumulação de cargos públicos	47
2.5 Condições para a aquisição da estabilidade	49
2.6 Forma de extinção do vínculo	52
3 O INSTITUTO DA RECONDUÇÃO: SUA APLICAÇÃO E INTERPRETAÇÃO	60
3.1 A recondução e as hipóteses legais previstas no ordenamento jurídico brasileiro	60
3.2 Aplicação da recondução pela jurisprudência	63
3.3 Controvérsias sobre a aplicação do instituto da recondução	71
3.3.1 (In) Constitucionalidade das normas infraconstitucionais sobre a matéria	71
3.3.2 A exoneração como causa de extinção do vínculo e quebra da estabilidade	74
3.3.3 Recondução pela desistência do estágio probatório em outro ente	77
CONCLUSÃO.....	81
REFERÊNCIAS.....	87

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa o estudo do instituto da recondução, no tocante a sua aplicabilidade aos servidores públicos efetivos das diferentes esferas administrativas, analisando sua efetividade frente as previsões normativas e decorrentes da interpretação adotada pela doutrina e jurisprudência nacional.

Justifica-se a importância do estudo proposto, tendo em vista os reflexos que o mesmo gera no âmbito das relações entre servidor público e o Estado, importando na produção de conflitos de interesses, os quais, não raras vezes, acabam por ser dirimidos pelo Poder Judiciário. Assim, os julgados afloram inúmeras discussões, que despertam o interesse sobre a matéria, advindas, especialmente, da interpretação da norma e dos reais objetivos que motivaram o legislador a produzi-la. Ainda, soma-se a importância do tema, a atração que o setor público tem despertado nos cidadãos, que veem nele a oportunidade de melhorar a sua condição econômica e obter estabilidade, o que acaba por gerar maior mobilidade de servidores e, conseqüentemente, a utilização do instituto da recondução como forma de retorno ao *status quo ante*.

Objetiva-se analisar os pontos controversos que envolvem o instituto da recondução, tendo em vista os reflexos gerados nas relações entre o agente público, no caso, o servidor estável e o Estado, proporcionando, assim, uma melhor compreensão de sua importância na esfera administrativa e apontando as formas como o instituto vem sendo aplicado e interpretado.

Neste sentido, busca-se estudar e oferecer resposta aos questionamentos que se apresentam como motivos de controvérsia no meio administrativo, doutrinário e jurisprudencial, ou seja: há inconstitucionalidade nas normas que ampliaram as hipóteses de recondução para além daquela constitucionalmente prevista? A exoneração por ser requisito para assunção de outro cargo público, devido a vedação constitucional de acumulação de cargos, põe ou não fim a relação jurídico-administrativa? É possível a recondução na hipótese de desistência do estágio probatório entre cargos de diferentes unidades federativas?

Na busca das respostas a estas questões, utilizam-se, conjuntamente, os métodos de abordagem dialético e hermenêutico, em que no primeiro discutem-se as diferentes posições jurisprudenciais na aplicação do instituto da recondução, e pelo segundo busca-se a compreensão dos textos normativos e seu sentido. Quanto ao método de procedimento adota-

se o documental, analisando a legislação e as decisões sobre o tema. Para tanto, utiliza-se a pesquisa bibliográfica. Ainda, com relação ao marco teórico, sedimenta-se o estudo sobre os princípios que norteiam a administração pública, em especial, da eficiência, da economicidade, da segurança jurídica e da supremacia do interesse público.

Para melhor compreensão e desenvolvimento do trabalho, o estudo encontra-se dividido em três partes, tratando sobre: a administração pública; os agentes públicos e o instituto da recondução no ordenamento jurídico. Desta forma, primeiramente, aborda-se a noção e fundamentos do Estado Democrático de Direito. Após, analisa-se a administração pública quanto a sua natureza, finalidade, poderes e princípios norteadores da sua atuação.

Num segundo momento, estuda-se a classificação dos agentes públicos que compõe a administração pública, os regimes jurídicos a que são submetidos e as formas de investidura no serviço público. Ainda, evidencia-se a proibição da acumulação de cargos públicos, as condições para aquisição da estabilidade e as formas de extinção do vínculo.

No terceiro e último capítulo demonstram-se as hipóteses legais previstas no ordenamento e as formas de aplicação do instituto da recondução pela jurisprudência. Por derradeiro, enfrenta-se a problemática quanto a inconstitucionalidade das normas infraconstitucionais sobre a matéria; a exoneração como causa ou não de extinção de vínculo e de quebra da estabilidade; e a possibilidade de desistência do estágio probatório entre unidades federativas diversas.

O estudo não tem o escopo de esgotar a discussão sobre o assunto. Assim, exige um maior aprofundamento teórico, ante sua importância, no intuito de melhor compatibilizar o instituto da recondução aos interesses do particular e do Estado, sempre à luz dos princípios constitucionais.

1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição Federal¹ estabelece que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, que sua forma de governo é uma República e que o sistema político é federativo, prevendo a co-existência de diferentes níveis de governo, ou seja, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, cada qual dotado de uma estrutura administrativa, com competências próprias e independência para realização de suas atividades e de auto-gestão organizacional.

A administração pública representa o conjunto de órgãos e entes estatais criados para a implementação e o aperfeiçoamento das atividades voltadas a produção de bens e serviços públicos, que venham a satisfazer as necessidades mínimas dos cidadãos.

Não obstante a realidade atual brasileira, o caminho percorrido na história para se alcançar um estágio democrático, além de longo, foi também, árduo, sendo necessárias algumas considerações a respeito da implantação desse Estado Democrático de Direito.

1.1 O Estado Democrático de Direito

A sociedade passa por constantes transformações, exigindo a adequação do meio e das normas às necessidades e anseios do seu povo, de maneira que o sistema jurídico venha ser o reflexo desse meio social. Assim, o Estado, como um todo, sofre as transformações, a fim de amoldar-se às novas perspectivas produzidas no meio social e estabelecidas na Carta Maior que o constitui.

O Estado é uma sociedade política², dotada de características próprias, com elementos essenciais³ como povo, território e soberania, o que a distingue das demais. Logo, “o Estado

¹ O Caput do artigo 1º da Constituição Federal dispõe que: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito [...]”.

² O início de tudo tem por base nuclear a família e numa projeção evolutiva, a junção de famílias constituem clãs, que da junção destes nascem as tribos ou grupos gentílicos, culminando dos seus ajustamentos o surgimento de uma nação. O Estado é uma forma ainda mais complexa que a nação, surgindo com a institucionalização do poder, onde ocorre clara definição do núcleo de poder da sociedade e das fontes subjetivas e objetivas das normas de conduta, incluídos os órgãos que as criam, a partir desse momento pode-se dizer que nasce o Estado. (FILOMENO, 2012, p. 94).

³ O povo é o elemento humano que mantém um vínculo jurídico-político com o Estado. Já o território é o elemento material sobre o qual o Estado exerce a sua supremacia sobre pessoas e bens, sendo esta definição jurídica e não meramente geográfica, pois além dos espaços delimitados entre as fronteiras do Estado, abrange “o mar territorial, a plataforma

não é um fim em si mesmo, mas um meio para a satisfação das necessidades do povo organizado politicamente sobre determinado território”. (PINHO, 2012, p. 17-18).

Nessa senda, o Estado⁴ pode ser conceituado como uma

[...] ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território. Nesse conceito se acham presentes todos os elementos que compõem o Estado, e só esses elementos. A noção de poder está implícita na de soberania, que, no entanto, é referida como característica da própria ordem jurídica. A politicidade do Estado é afirmada na referência expressa ao bem comum, com a vinculação deste a um certo povo e, finalmente, a territorialidade, limitadora da ação jurídica e política do Estado, está presente na menção a determinado território. (DALLARI, 1982, p. 104).

Ao longo de sua história, o Estado Moderno assumiu diferentes perspectivas, indo desde um modelo absolutista,⁵ passando a uma fase liberal⁶, após com características de Estado Social⁷ e por fim no formato de Estado Democrático de Direito. No Brasil, essa nova versão foi trazida pela promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil⁸, em 1988.

Uma Constituição democrática⁹ e tida como a mais cidadã dentre todas as que o Brasil já experimentou, em que os Constituintes¹⁰ traduziram os objetivos por ela pretendidos, no seu preâmbulo, ao criar um Estado democrático que assegure

continental, o espaço aéreo, navios e aeronaves civis em alto-mar ou sobrevoando espaço aéreo internacional e navios e aeronaves militares onde quer que estejam”. No que concerne à soberania, esta é um elemento formal do Estado, possuindo uma dupla face de supremacia na ordem interna e independência na ordem externa. (PINHO, 2012, p. 17-18).

⁴ Para Sahid Maluf, “nação e Estado são duas realidades distintas e inconfundíveis”, onde a nação é uma realidade sociológica e essencialmente de ordem subjetiva, considerada uma entidade de direito natural e histórico, formada de pessoas com vínculos de sangue, idioma, religião, cultura e ideais, sendo ela anterior ao Estado, podendo existir sem este. Já o Estado é uma realidade jurídica, sendo ele um órgão executor da soberania nacional. (2010, p. 30-37).

⁵ Explica Streck, que “as monarquias absolutistas se apropriaram dos Estados do mesmo modo que o proprietário faz do objeto a sua propriedade, fazendo surgir um poder de *imperium* como direito absoluto do rei sobre o Estado”. (STRECK; MORAIS, 2010, p. 45).

⁶ O Estado de Direito “apresentou-se na versão liberal como um ente neutro, sem maiores intenções de realizar fins políticos, com a nítida separação entre Estado e sociedade, buscando assegurar os interesses da burguesia e a liberdade do interesse econômico, bem como identificando-se com o princípio da legalidade e conseqüente submissão da administração à lei”. (TONIAL, 2009, p. 24).

⁷ Segundo Streck, “a partir de meados do século XIX percebe-se uma mudança de rumos e de conteúdos no Estado Liberal, quando este passa a assumir tarefas positivas, prestações públicas, a serem asseguradas ao cidadão como direitos peculiares à cidadania, ou a agir como ator privilegiado do jogo socioeconômico”. (STRECK; MORAIS, 2010, p. 63).

⁸ Artigo 1º da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político”.

⁹ Para Bonavides, “As Constituições populares ou democráticas são aquelas que exprimem em toda a extensão o princípio político e jurídico de que todo governo deve apoiar-se no consentimento dos governados e traduzir a vontade soberana do povo”. (2004, p. 90).

¹⁰ Segundo Bernardes e Ferreira o “Poder constituinte é o tipo de poder, inerente à soberania popular, responsável pela elaboração das constituições”. (2012, p. 27).

“[...] o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...]”. (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Destaca-se que o acréscimo do adjetivo “democrático” representa a vontade do povo de passar de um Estado de direito, meramente formal, para um Estado de Direito e de Justiça Social concreto, tendo por base os valores fundantes da sociedade. (REALE, 2005, p. 2).

Nesta perspectiva, a configuração do Estado Democrático de Direito no Brasil não foi simplesmente unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito, mas decorreu de um elemento revolucionário transformador do *status quo*, contido no artigo primeiro da Constituição Federal, qual seja, a afirmativa de que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, momento em que é proclamado e fundado, e não como mera promessa de organização do Estado. (SILVA, 2005, p. 119).

Assim, a Carta de 1988 é classificada como uma Constituição dirigente, pois exerce uma função diretiva, fixando os fins e objetivos para o Estado e a sociedade, mas também é uma Constituição aberta, pois não se fecha em si própria, possibilitando margem para a atuação das forças políticas. Todavia se encontra vinculada aos princípios constitucionais fundamentais, como os contidos no artigo 3º¹¹, que possuem “caráter obrigatório, com vinculação imperativa para todos os poderes públicos, ou seja, conformam a legislação, a prática judicial e a atuação dos órgãos estatais, que devem agir no sentido de concretizá-los”. (BERCOVICI, 2003, p. 289-298).

A Constituição consagrou, ainda, a dignidade da pessoa humana como um de seus principais fundamentos, podendo-se conceituar o Estado Democrático de Direito como aquele regido por leis, em que o governo é exercido por representantes legitimamente eleitos pelo povo e que há ampla valorização dos direitos humanos. (PINHO, 2012, p. 94). Tais direitos humanos¹² podem ser definidos como “um conjunto de faculdades y instituciones que, em cada momento histórico, concretan lãs exigências de la dignidad y la igualdad humanas, lãs

¹¹ A Constituição Federal prevê que: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

¹² Os direitos humanos não nascem de uma só vez, são históricos e se formulam de acordo com as circunstâncias sociais, históricas, políticas e econômicas, propícias, podendo-se falar em gerações de direitos humanos, onde a primeira estaria ligada aos direitos civis e políticos; a segunda estaria atrelada a conteúdos das liberdades positivas, ou seja, econômicos, sociais e culturais; e uma terceira geração vincula a questões que afligem aos homens em conjunto, como a paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, etc. (MORAIS, 2002, p. 60-61).

cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nível nacional e internacional”¹³. (LUNO, 1995, p. 48).

O Estado Democrático de Direito¹⁴ possui um conteúdo transformador da realidade, ultrapassando o aspecto material de concretização de uma vida digna, agindo como fomentador da participação pública no processo de construção de uma nova sociedade, apoiando-se na democracia para solução do problema das condições materiais de existência, não se restringindo a uma adaptação melhorada das condições sociais, como era no Estado Social de Direito. (STRECK; MORAIS, 2010, p. 97-98).

Por meio da Carta Maior estabeleceram-se os objetivos fundamentais do Estado¹⁵ brasileiro, quais sejam: “construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. (BERNARDES; FERREIRA, 2012, p. 116). Deste modo, considerando a divisão dos poderes constituídos, todas as ações de governo deverão ser dirigidas a consecução destes objetivos, na busca da igualdade idealizada, frente aos direitos e garantias individuais e sociais.

É premente advertir que todas essas diretrizes somente se legitimam em razão do contido no parágrafo único, do artigo 1º da Constituição Federal, segundo o qual “todo o poder emana do povo, que o exerce diretamente, ou por meio de representantes por ele eleitos”. (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Portanto, a cada um dos poderes constitucionalmente constituídos, Executivo, Legislativo e Judiciário, decorrentes da tripartição do poder, cabe o fiel exercício das suas atribuições legais, visando tornar efetivos os direitos e garantias individuais e sociais nas suas diversas dimensões. O Estado Democrático de Direito tem o papel de transformar o *status quo*, fundamentado no respeito à pessoa humana e nos ideais democráticos.

¹³ Tradução livre do autor: “um conjunto de faculdades das instituições que em determinado momento histórico, concretizam as exigências da dignidade e a igualdade do ser humano, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais”.

¹⁴ Para José Afonso da Silva a “Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais”, direitos estes inscritos na Constituição e que por meios dos instrumentos oferecidos “possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana”. (2005, p. 120).

¹⁵ O Estado não pode agir além dos limites legalmente previstos, seja com base na Constituição ou em normas infraconstitucionais, “baseado no princípio da legalidade fundamento norteador também da ação particular, uma vez que ninguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei”, tudo com vistas a concretização dos ideais do Estado Democrático de Direito. (HACK, 2011, p. 83).

Tal desiderato acontece por meio da administração pública, que através do aparelhamento do Estado deve prestar serviços públicos e promover o bem comum.

1.2 Administração pública: conceito, natureza jurídica e finalidade

O Estado é o responsável pela concretização dos direitos e garantias assegurados a todos os cidadãos e é através da atuação harmônica dos três poderes que o constituem que se torna possível alcançar estes objetivos. Diante dessa tripartição, imperioso destacar que é ao Poder Executivo que cabe, essencialmente, a função administrativa e de governo, considerada sua natureza e finalidade.

Com relação a conceituação do que seja a administração pública, embora não haja uniformidade, constata-se que a ela cabe a concretização da atividade administrativa, que de regra, embora não de forma exclusiva, está dentro das competências do Poder Executivo.

A administração pública pode ser entendida como todo o aparelhamento preordenado do Estado, com vistas a realização de serviços públicos na busca da satisfação das necessidades coletivas, sem praticar, no entanto, atos de governo, mas tão somente atos de execução, com certo grau de autonomia funcional. “É o instrumento de que dispõe o Estado para colocar em prática as opções políticas desenhadas pelo governo”. A expressão administração pública, não pode ser confundida com governo¹⁶, pois ela exprime sentidos diversos conforme seu emprego contextual, podendo ser compreendida como função desempenhada pelo Estado ou como conjunto de órgãos e pessoas que as executam. (ARAGÃO, 2012, p. 20).

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a expressão administração pública possui dois sentidos comumente utilizados: um sentido subjetivo e formal que designa os entes incumbidos da atividade administrativa, compreendendo pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos; e outro sentido objetivo e material que se refere à natureza da atividade exercida pelos entes, em que a administração pública é a própria função administrativa, atribuída predominantemente ao Poder Executivo. (2011, p. 50).

¹⁶ Nesse contexto, ressalta-se que ao conjunto de pessoas que comandam politicamente o Estado, fixando suas metas e diretrizes, dá-se a denominação de governo. Já, em sentido estrito, a expressão administração pública, engloba todos os órgãos e pessoas jurídicas incumbidas pela execução administrativa das políticas públicas orientadas pelo governo. (SANTOS, 2012, p. 19).

Na perspectiva de Renato Alessi, administração pública num viés subjetivo constitui o conjunto de órgãos e serviços do Estado, já quando objetivamente analisada representa a expressão do Estado agindo “*in concreto*” para satisfação de suas finalidades. (1949, p. 37).

Logo, a administração pública sob a perspectiva formal pode ser conceituada como o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do governo e em um sentido material, como o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos. Assim, numa visão global é todo o aparelhamento do Estado destinado a realização de serviços, com vistas a satisfazer as necessidades coletivas. (MEIRELLES, 2009, p. 65-66).

Ainda, destaca-se a visão de Diogenes Gasparini, que além dos critérios formal e material definidores do conceito de Administração pública, também inclui um aspecto negativista, pelo qual “é toda a atividade do Estado que não seja legislativa e judiciária”. (2012, p. 97).

Portanto, nas palavras de José Cretella Júnior, a administração pública representa “a atividade que o Estado desenvolve, através de atos concretos e executórios, para a consecução direta, ininterrupta e imediata dos interesses públicos”, por meio do aparelhamento da complexa máquina administrativa. (2001, p. 17).

Com isso, percebe-se que o Estado deve buscar a concretização e a satisfação das necessidades coletivas, garantindo a efetivação dos direitos e garantias previstos no ordenamento jurídico. Para tanto, utiliza-se da administração pública, que representa o instrumento de operacionalização dessa atividade estatal, em benefício da sociedade.

Desse modo, o agente investido em um cargo ou função pública exerce o poder que lhe foi concedido e emanado do povo¹⁷, devendo cumprir com fidelidade os preceitos de direito e da moral administrativa, pois é isso que esperam os delegatários e verdadeiros detentores do poder.

Nesse contexto, na administração dos negócios particulares o administrador segue as ordens recebidas do proprietário da coisa, que é quem determina as atitudes e preceitos a serem seguidos e tem total liberdade de decidir o que é melhor para a sua atividade. Já na

¹⁷ A Constituição Federal dispõe no Parágrafo único do artigo 1º: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

administração pública essas ordens¹⁸ e instruções estão balizadas nas leis, regulamentos e atos especiais, dentro da moral da instituição. (MEIRELLES, 2009, p. 87).

Por isso, diz-se que a natureza jurídica da administração pública é a de um “*múnus público*” para quem a exerce, impondo a obrigação de cumprir fielmente os preceitos do direito e da moral administrativa, na defesa, conservação e aprimoramento dos bens, serviços e interesses da coletividade, sendo ela a legítima destinatária. (MEIRELLES, 2009, p. 86).

Neste *múnus* público está localizado o poder de discricionariedade do administrador público, que se encontra “vinculado à escolha da alternativa mais adequada à finalidade legal, dentre as várias alternativas que se apresentam possíveis”. (BANDEIRA DE MELLO, 1999, p. 641-642).

Assim, é possível constatar que a ação do administrador público, na gestão das ferramentas e estrutura pública, deve ser baseada sempre em preceitos condignos que se espera de um bom governante, adstrito e vinculado ao que a lei lhe possibilita e, também, nos limites do direito e da moral administrativa, visto que está incumbido de um *múnus* de bem administrar o que é público.

Nesta senda o cidadão abdicou de uma parcela de sua autonomia em favor do Estado, para que este de forma organizada propiciasse os meios necessários a uma vida digna e ordenada, em que todos pudessem conviver harmonicamente em sociedade. Então, por meio de uma ampla e complexa estrutura, chamada de administração pública, o Estado materializa suas atividades, no afã de satisfazer às expectativas dos seus delegatários e cumprir sua finalidade.

A finalidade da administração pública¹⁹, segundo Hely Lopes Meirelles, é de promover “o bem comum da coletividade administrada”. Refere o autor, que toda a atividade do administrador deve orientar-se para atingir esta finalidade, não podendo se afastar ou desviar, sendo, ainda, ilícito e imoral todo ato que não vislumbrar o interesse público. (2009, p. 87).

¹⁸ O legislador ao tratar de matéria administrativa deve deixar claro as diretrizes e fundamentos da função administrativa, pois, se expostas ao conhecimento e à deliberação dos cidadãos, servirão de meio de constrangimento ao abuso da utilização do aparelho estatal para fins que não venham atender o interesse da coletividade. (BUCCI, 2002, p. 16).

¹⁹ A administração pública pode ser exercida direta ou indiretamente pelo Estado. Neste último caso pode a lei autorizar a execução de funções administrativas por pessoas jurídicas com personalidade de direito público ou privado, criadas para melhor desempenho e atendimento às necessidades da sociedade. No âmbito federal o Decreto-lei n. 200/67, estabelece que os serviços da administração direta estão integrados a estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios, enquanto que na indireta estão compreendidos nas categorias de entidades dotadas de personalidade jurídica própria, como as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas. (DI PIETRO, 2011, p. 58-59).

Para que o poder público possa desenvolver todas as atividades de sua competência, lhe é atribuído poder²⁰, que deve ser entendido como sinônimo de autoridade e ligado a ideia de função. Pode-se dizer, também, que é um poder-dever, pois a autoridade tem obrigação de tomar providências quando o interesse público está envolvido. (HORVATH, 2011, p. 7).

Dessa maneira, a vontade do administrador não deve ser o norte da administração pública, mas sim, a finalidade desta, que supõe, a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade própria. (CIRNE LIMA, 2007, p. 39-40). Todavia, o importante é que, em todos os aspectos, a administração pública²¹ seja exercida dentro de uma concepção de “maior rigor de probidade; de ética; de exteriorização e, também, do maior respeito pelo Direito em todas suas possíveis manifestações”. (LUZ, 2000, p. 47).

Portanto, a administração pública através de sua estrutura organizacional possui inúmeros encargos decorrentes de sua própria natureza, devendo, com isso, empenhar-se para atingir as finalidades e objetivos propostos pela matriz axiológica do Estado Democrático de Direito, a fim de satisfazer os direitos e garantias dos seus cidadãos.

1.3 Os poderes inerentes à administração pública e sua principiologia

A administração pública é pautada pela busca da satisfação do interesse público, a fim de promover o bem estar social por meio da concretização dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal. Para isso dispõe do poder oriundo da própria natureza estatal e encontra-se fundamentada por meio dos princípios que regem as suas ações no intuito de alcançar o bem comum.

²⁰ Vide item 1.3.1 desse estudo.

²¹ Como regra, cabe ao próprio Estado a execução das atividades administrativas, mas considerando o volume e diversidade delas, contemporaneamente, se diversificam as técnicas de descentralização dentro e fora do aparelho político, por meio de institutos como da delegação e da deslegalização. Contudo a ação do Estado está sujeita à lei e em consequência a submissão do Estado ao direito. Explica Moreira Neto, que existem atividades insuscetíveis de delegação e de deslegalização, tais como as denominadas atividades jurídicas, impostas como próprias do Estado e necessária a condição de sua existência. Refere ainda posicionamentos doutrinários que relativizam tal entendimento, já se admitindo a delegação do poder de polícia, por exemplo, quando não afetarem o núcleo decisório de execução coercitiva reservado ao Estado. As demais, tidas como delegáveis e deslegalizáveis, incluem-se entre as chamadas atividades sociais, ou impróprias do Estado, que lhe são cometidas na medida em que, embora não sejam fundamentais à sua preservação, são úteis à sociedade. (2009, p. 126).

1.3.1 Poderes da administração pública

A Administração Pública é detentora de poderes administrativos, por meio dos quais desenvolve suas atividades legalmente previstas, servindo de instrumento para concretização da atuação do Estado.

Para um melhor entendimento cabe fazer uma distinção entre poderes políticos e poderes administrativos. Estes nascem com a administração e se apresentam de acordo com as exigências do serviço público, o interesse da coletividade e os objetivos a que se destinam. Já, aqueles compõem a estrutura do Estado e sua organização constitucional, por isso são definidos como estruturais e orgânicos. Ainda, salienta-se, que os poderes administrativos são instrumentos de trabalho, “adequados à realização das tarefas administrativas”, por isso considerados poderes instrumentais, diferentemente dos poderes políticos que compõe o Estado e por isso são tidos como estruturais e orgânicos. (MEIRELLES, 2009, p. 118-122).

Esse poder administrativo, como poder instrumental pode manifestar-se de duas formas distintas: como poder vinculado adstrito àquilo que está previsto nas normas, restando pouca margem para escolhas sob o prisma da conveniência e oportunidade no trato da coisa pública. E a segunda forma é o chamado poder discricionário, em que a administração pública tem a faculdade de decidir quando e como irá agir, dentro de um juízo de conveniência e oportunidade, sempre observando os limites impostos pelo ordenamento jurídico. (GOMES, 2006, p. 32-33).

Os poderes administrativos, aplicados a todas as entidades estatais na proporção e limites de suas competências institucionais, podem ser classificados: consoante a liberdade para a prática de atos, em poder vinculado e poder discricionário²²; quanto ao ordenamento da administração ou à punição, em poder hierárquico e poder disciplinar; em decorrência de sua finalidade normativa, em poder regulamentar; e quanto a seus objetivos de contenção dos direitos individuais, em poder de polícia (MEIRELLES, 2009, p. 118-119), como se passa a abordar.

²² Há de se ressaltar a ocorrência de entendimento divergente quanto à existência dos chamados poderes discricionários e vinculados, asseverando Maria Sylvania Zanella Di Pietro, que estes são atributos dos demais poderes ou competências da administração e não existem como poderes autônomos. (2011, p. 90).

O primeiro deles é o poder vinculado²³, conferido pela lei à administração pública para viabilização de atos e práticas administrativas, com estrita observância à lei e aos limites ou regramentos por ela impostos, deixando uma margem mínima para a liberdade de ação do administrador.

Ressalta-se que este poder está intimamente ligado ao princípio da legalidade²⁴, visto que a prática de atos sem a observância estrita dos seus requisitos o tornam ineficaz e pela sua desvinculação ao tipo padrão o tornam nulo. Assim, um ato administrativo vinculado tem por característica a presença dos elementos da competência, finalidade e forma, significando que o ato deve ser praticado por quem detém a competência para sua prática, devendo estar adstrito a finalidade e interesse público, bem como observar a forma prescrita em lei. (MEIRELLES, 2012, p. 123-124).

A administração deve sempre orientar-se pelo interesse público, selecionando as possibilidades que se apresentam em dado momento e que melhor traduzam sua vontade para atingir suas finalidades. Neste sentido, seus agentes são “juízes absolutos da oportunidade e da conveniência, servos incondicionais da legalidade, contra a qual não têm a possibilidade de rebelar-se”. (CRETELLA JÚNIOR, 2001, p. 220).

Com isso, toda atuação administrativa encontra-se balizada nas normas que regem a administração pública, sendo a lei o instrumento norteador do poder-dever de todas as ações do administrador, impedindo assim a arbitrariedade e os excessos no trato com a *res* pública, respeitando os direitos delegados pelo verdadeiro detentor do poder, o povo.

Todavia, embora a administração pública só possa fazer o que está previsto e autorizado em lei, o administrador público possui margem à prática de atos discricionários, ou seja, dentro dos limites legais, pode agir de forma a realizar ou não determinadas ações e de acordo com as especificidades necessárias a concretização do plano político.

Assim, o segundo poder a ser analisado é o discricionário, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este “cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto”. (2009, p. 426). Esse poder é, pois, a eleição de comportamento no marco de uma realização de valores” (FORSTHOFF, 1958, p. 127), pelo gestor público.

²³ Para Celso Antônio Bandeira de Mello, os atos vinculados derivam da única e possível forma de comportamento da administração, objetiva e absoluta, pois decorre de prévia e típica previsão legal e sua expedição não sofre apreciação subjetiva. (2009, p. 424).

²⁴ Nos termos do artigo 37 da Constituição Federal o princípio da legalidade submete à sua obediência toda a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O poder discricionário²⁵ é aquele que o direito concede à administração para a prática de atos dentro dos limites legais, com a liberdade de praticá-los livremente de acordo com sua conveniência, oportunidade e conteúdo. Verifica-se que essa discricionariedade é relativa e parcial, pois o administrador deve observar os elementos da competência, forma e finalidade do ato. Este poder encontra justificção no fato da impossibilidade da lei prever todos os atos exigidos pela prática administrativa. (MEIRELLES, 2012, p. 126-127).

Logo, a escolha das políticas públicas deve ser vista como um conjunto de processos, que tem por objetivo a escolha racional e coletiva de prioridades, para definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito. (BUCCI, 2002, p. 264). Tal fato faz concluir que a discricionariedade do administrador público é sempre voltada a satisfação do interesse público e não à vontade privada do governante.

Portanto, o poder discricionário possibilita que o administrador no lastro de espaço que a lei permite, mediante um senso de oportunidade e conveniência, realize determinados atos que julgar necessários e suficientes à concretização do interesse público, visando, contudo, atender aos interesses da coletividade, que é a destinatária da atividade administrativa e das políticas públicas.

Como terceira espécie apresentam-se os poderes hierárquico e disciplinar decorrentes da capacidade de auto-organização da administração pública em estabelecer condições de autogerenciamento na sua estrutura orgânica, mediante um ordenamento ou punição. Tais poderes não devem ser confundidos, embora andem juntos por serem considerados sustentáculos de organização administrativa.

A hierarquia “é a relação de subordinação existente entre os vários órgãos e agentes do Executivo, com a distribuição de funções e a gradação da autoridade de cada um”. Dessa forma, o poder hierárquico²⁶ tem por objetivo a ordenar, coordenar, controlar e corrigir internamente as atividades da administração, impondo aos agentes o dever de obediência. (MEIRELLES, 2012, p. 127).

²⁵ Faz-se necessário esclarecer que o poder discricionário não deve ser confundido com o poder arbitrário, pois são atitudes diferentes, onde o primeiro refere-se a liberdade de ação administrativa dentro dos limites legais, já o segundo diz respeito às ações contrárias ou excedentes à lei, sendo este ilegítimo e inválido. (MEIRELLES, 2012, p. 125).

²⁶ A submissão hierárquica retira do inferior a atuação política, ou seja, despe o subordinado da ação de comando, sendo-lhe tão somente permitido o fiel exercício das atribuições que lhe são destinadas. (MEIRELLES, 2012, p. 128).

Já o poder disciplinar²⁷, atribuído à autoridade administrativa, tem por objetivo apurar e punir faltas funcionais cometidas por servidores públicos ou por quem se submeta ao alcance deste poder. (MEDAUAR, 2003, p. 129).

Na sequência analisa-se o poder regulamentar que é privativo do chefe do Poder Executivo, por isso indelegável. Concretiza-se através de Decreto, por meio do qual explica uma lei que contém vazios e imprevisibilidades de certos fatos ou circunstâncias, para sua correta execução. O regulamento não é lei, mas toda lei pode ser regulamentada segundo a conveniência do Executivo, desde que haja necessidade pública²⁸, não podendo, no entanto, contrariar, restringir ou ampliar as disposições contidas na lei. (MEIRELLES, 2012, p. 134-135).

O poder regulamentar revela-se uma ferramenta de enorme importância, tanto para a administração pública, quanto para o cidadão comum, que está ao abrigo de uma lei que precisa ser regulamentada para concretizar direitos ou promover a exigência de suas obrigações.

Por último, destaca-se o poder de polícia administrativo exercido pela administração pública sobre as atividades e bens dos particulares que possam afetar o interesse da coletividade, assim estando sujeitos ao controle do Estado.

O poder de polícia²⁹ “é a faculdade que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”. É na verdade o instrumento que a administração pública dispõe para frear e conter os abusos dos direitos individuais que se revelarem contrários, nocivos ou inconvenientes ao “bem-estar social”. (MEIRELLES, 2012, p. 137).

Cumprido gizar que o poder de polícia da administração pública, não está restrito ao Poder Executivo, revelando-se, também, no Judiciário e no Legislativo. No Judiciário, como exemplo, constata-se este poder de polícia no recinto da sala de audiência, que visa “preservar

²⁷ No mesmo sentido Maria Sylvia Zanella Di Pietro aduz que este poder disciplinar é da competência da administração pública, utilizado para desenvolver a apuração das infrações cometidas por servidores públicos e pelas demais pessoas alcançadas pela disciplina administrativa. (2001, p. 90).

²⁸ Segundo Hely Lopes Meirelles, a lei que traga a previsão da necessidade de regulamentação não é exequível antes da sua regulamentação, pois esse ato é “*conditio jûris*” da atuação normativa da lei”. No entanto quando o regulamento for imprescindível para a execução da lei, poder-se-á utilizar o mandado de injunção que é o remédio constitucional adequado para que seja expedido o ato regulamentador necessário. (2012, p. 135).

²⁹ São atributos específicos e peculiares ao exercício do poder de polícia a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade. Pela primeira há a manifestação da conveniência e oportunidade de exercer o poder de polícia a fim de aplicar “sanções e empregar meios conducentes a atingir o fim colimado”. A autoexecutoriedade é a “faculdade de a administração decidir e executar diretamente sua decisão por seus próprios meios, sem intervenção do Judiciário”. Em decorrência das medidas adotadas, a administração as impõe coativamente, pois trata-se de ato imperativo, o qual designa-se de coercibilidade, possibilitando inclusive o uso da força para obrigar o particular ao cumprimento das medidas impostas. (MEIRELLES, 2012, p. 144).

a dignidade do ambiente, a majestade da Justiça e a ordem necessária para a instrução ou julgamento”. No que concerne ao poder Legislativo este poder se verifica quando, por exemplo, “adota, com absoluta legitimidade, os preceitos regimentais”. (LUZ, 2000, p. 64-65).

Ainda, o poder de polícia³⁰ pode ser originário, quando emanado de ente competente para editar as próprias normas limitativas e conseqüentemente o poder de minudenciar as suas restrições. No entanto, o Estado não age somente por meio de seus agentes e órgãos internos, várias atividades administrativas são realizadas por pessoas administrativas que são um prolongamento do Estado e a ele se vinculam, recebendo suporte jurídico para o desempenho, por delegação, de funções públicas a ele cometidas, observando-se que esta delegação seja realizada a uma pessoa jurídica da administração indireta³¹, mediante lei e restrita a prática de atos de natureza fiscalizatória. (CARVALHO FILHO, 2013, p. 80-81).

Portanto, o poder de polícia concede grandes atributos a administração pública, mas ressalta-se que toda ação, seja decorrente do poder de polícia ou outro qualquer, deve estar em permanente consonância com o princípio da legalidade, com o fim de evitar abusos e distanciamento do interesse público e dos princípios que sustentam a administração da coisa pública.

1.3.2 Princípios norteadores da administração pública

O administrador público, diferentemente do particular, somente pode fazer o que a lei lhe autoriza, estando estritamente vinculado a observância das regras e princípios que regem a administração pública. Do contrário, poderá estar caracterizado ato de improbidade por contrariar o interesse público.

³⁰ Há de se advertir que o poder de polícia administrativo não poder ser confundido com o poder de polícia judiciária. Embora não haja uniformização doutrinária sobre a distinção destes poderes, têm-se que a atividade de polícia administrativa está diretamente ligada a atuação predominantemente de caráter preventivo, visando evitar condutas que gerem riscos à coletividade, enquanto a atividade de polícia judiciária possui um caráter eminentemente repressivo, punindo o causador do delito ou contravenção. (SANTOS, 2012, p. 173-174).

³¹ Para Mauro Sérgio dos Santos, somente as entidades da administração pública indireta que possuam personalidade jurídica de direito público, tais como as autarquias e fundações públicas, podem possuir poder de polícia delegado. Já as empresas públicas e sociedades de economia mista, por sua natureza privada estariam impedidas de exercer tal poder, assim como, pelo mesmo motivo, este poder não é extensivo as empresas privadas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos. (2012, p. 175-176).

Nessa linha, a norma jurídica divide-se em regras e princípios. As primeiras são mais densas e detalhadas, diferindo dos princípios que são genéricos e abstratos, tendo maior amplitude e incidência sobre situações fáticas. (SANTOS, 2012, p. 21).

Para Robert Alexy, os princípios são normas de um grau mais elevado de generalidade e as regras trazem consigo um grau mais baixo. Ambos são normas, pois dispõem sobre o “dever-ser”, em que os princípios ordenam que algo deva ser realizado na maior média possível, dentro das possibilidades jurídica e reais. Já, as regras têm aplicabilidade ou não em determinada situação fática, sem a mesma possibilidade de ponderação. (2001, p. 86).

Tamanha é a importância dos princípios norteadores³² da administração pública que o Constituinte os explicitou no artigo 37 do texto Constitucional³³. Desse modo, todos os atos da administração pública deverão ser pautados nestes princípios, sendo eles fundamento da ação administrativa e relegá-los seria “desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais”. (MEIRELLES, 2009, p. 88).

Como o direito administrativo não é codificado, está informado por princípios próprios e por outros do direito público. Ante a essa realidade existem leis esparsas que trazem consigo, expressamente, princípios específicos de determinados processos, tal como ocorre com as Leis n. 8.666/93³⁴, 8.987/95³⁵ e 9.784/99³⁶. (DI PIETRO, 2011, p. 64).

Nem todos os princípios³⁷ explícitos constam no artigo 37 da Constituição Federal, tendo por referência o princípio da economicidade previsto no artigo 70 da Carta Magna.

³² Segundo José Cretella Junior, os quais correspondem aos alicerces da ciência e deles decorre todo o sistema normativo, sendo eles proposições básicas, fundamentais e típicas condicionantes das estruturas subsequentes. (1999, p. 35). Ainda, princípios, conforme Alexandre Mazza, “são regras gerais que a doutrina identifica como condensadoras dos valores fundamentais de um sistema”, em que através de um processo lógico denominado abstração indutiva, são extraídas as ideias centrais que animam todo o complexo de regras. (2012, p. 77).

³³ A Constituição assim dispõe em seu artigo 37: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

³⁴ A Lei n.8.666/93, ao regulamentar o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública, refere em seu art. 3º que “a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

³⁵ Esta lei dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no artigo 175 da Constituição Federal, referindo que deverão ser observados os princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

³⁶ A Lei Federal n. 9.784, dispõe sobre a regulamentação do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

³⁷ Alexandre Santos de Aragão apresenta outras noções no tocante aos princípios. Segundo ele, os mesmos podem ser classificados como princípios gerais ou setoriais, dependendo da amplitude de sua aplicação e abrangência. Hierarquicamente podem ser ainda, classificados como constitucionais, estes podendo ser explícitos ou implícitos e infraconstitucionais, quando de origem legal ou eventualmente regulamentar. (2012, p. 56- 57).

Além desses, existem os princípios constitucionais implícitos, como os da proporcionalidade e da segurança jurídica, embora não exclusivos do direito administrativo.

Assim, fruto de lenta construção doutrinária e jurisprudencial surgem, muitas vezes, outros princípios implícitos como aquele “pelo qual as prerrogativas de Direito Público só podem ser exercidas por pessoas jurídicas de Direito Público e os princípios da indisponibilidade do interesse público e da finalidade, o que seria uma decorrência do Estado Democrático de Direito”. (ARAGÃO, 2012, p. 57).

Com isso, para fins desse estudo serão analisados os princípios previstos no artigo 37 da Constituição Federal, ou seja, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência. E num segundo momento os demais princípios, dando ênfase a razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, motivação, ampla defesa, contraditório e supremacia do interesse público.

1.3.2.1 Princípios do artigo 37 da Constituição Federal

O artigo 37³⁸ da Constituição Federal consigna os princípios basilares da administração pública e o primeiro deles é a legalidade, pelo qual se extrai que todos os atos do administrador público estão adstritos aos mandamentos da lei e deles não poderão se afastar sob pena de responsabilização, além desses atos serem considerados inválidos.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, este princípio é o que dá identidade própria ao Estado de Direito e que submete o próprio Estado à lei. Ele é a tradução jurídica de um propósito político, qual seja, o de submeter o administrador³⁹ a um quadro normativo que proíba favoritismos, perseguições ou desmandos. (2009, p. 100).

De modo geral os princípios administrativos são os postulados fundamentais que norteiam a ação da Administração Pública. Conforme a teoria do Estado moderno, há duas funções estatais básicas: a de criar a lei e a de executar a lei, diante disto é que se constata que

³⁸ O caput do artigo 37 da Constituição Federal assim dispõe: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”

³⁹ Na administração pública não há vontade pessoal, enquanto a lei para o particular significa “pode fazer assim”, para o administrador público significa “deve fazer assim”. Assim cumprir a lei não é fazer o que o texto literal descreve, mas sim atender ao espírito que dela emanam, orientados “pelos princípios do direito e da moral, para que ao legal se ajunte o honesto e o conveniente aos interesses sociais”. (MEIRELLES, 2012, p. 89-90).

administrar é função subjacente à de legislar. Através do princípio da legalidade fica evidente que só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei. (CARVALHO FILHO, 2013, p. 20).

Para Enrique Sayagués Laso “la administración debe actuar ajustándose estrictamente a las reglas de derecho. Si transgrede ditas reglas, la actividad administrativa se vuelve ilícita y eventualmente aparece responsabilidad.”⁴⁰ (1974, p. 383).

Logo, toda administração pública deve sujeitar-se às normas legais, não permitindo que haja um descompasso na forma de atuação do administrador, senão espelhado na lei, evitando com isso as ações tiranas que, por vezes, poderiam emergir no âmago estatal.

Como segundo princípio a Carta Maior elencou a impessoalidade, intimamente ligado a finalidade da administração pública, a qual, na prática de seus atos deve abster-se de beneficiar ou prejudicar um determinado administrado, ou seja, os atos devem ser impessoais e principalmente norteados pelo interesse público.

Para Odete Medauar, a Constituição pretendeu, por meio deste princípio, “obstaculizar atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, nepotismo, favorecimentos diversos, muito comuns em licitações, concursos públicos, exercícios do poder de polícia”. Isto significa que os poderes atribuídos se destinam a finalidade pública⁴¹ e são desconectados de razões pessoais de qualquer tipo. (2010, p. 130).

Este princípio possui três acepções, nas quais a administração é proibida: de “distinguir interesses onde a lei não o fez”; de “prosseguir interesses públicos secundários, dela próprios, desvinculados dos interesses públicos primários”, devendo atuar em benefício da sociedade; e de dar “precedência a quaisquer interesses outros, em detrimento dos finalísticos. (MOREIRA NETO, 2009, p. 104).

Portanto, pelo princípio da impessoalidade ou finalidade, a administração pública deve despir-se de inclinações, tendências e preferências subjetivas, sendo indispensável uma atuação objetiva, com o fim único de atender os interesses da sociedade como um todo.

O terceiro princípio previsto no artigo 37 da Constituição Federal impõe que o comportamento do exercente de uma função pública deve ser pautado numa conduta

⁴⁰ Tradução livre do autor: “a administração deve atuar ajustando-se estritamente às regras de direito. Se transgredir estas regras, a atividade administrativa se revela ilícita e eventualmente surgirá a responsabilização”.

⁴¹ Os atos públicos terão sempre a finalidade de atingir o interesse público e quando dele se afastar estarão sujeitos a invalidação por desvio de finalidade ou até por abuso de poder. Este princípio está atrelado ao princípio da igualdade, “o qual impõe à administração pública tratar igualmente a todos os que estejam na mesma situação fática e jurídica”. (MEIRELLES, 2012, p. 94).

moralmente condigna com as expectativas do cidadão, assim, não é só a lei que deve ser observada, mas a moral administrativa no trato da coisa pública. Observa-se que nem sempre uma lei traduz a melhor perspectiva de atuação do administrador, pois sob o manto da legalidade pode estar oculto o cerne da imoralidade, proporcionado pelos desvios do comportamento humano.

A moralidade administrativa é um pressuposto de validade dos atos da administração pública, devendo a atuação do administrador basear-se na boa-fé, na moral e na ética⁴², cujo os desvios de conduta podem caracterizar um ato de improbidade administrativa⁴³. Neste sentido, “não basta o agente decidir entre o que é legal ou ilegal, o justo ou injusto, mas também o que é honesto ou desonesto, para alcançar o bem comum”. (GALANTE, 2010, p. 6).

Este princípio busca afastar “desmandos de maus administradores, frequentemente na busca de seus próprios interesses ou de interesses inconfessáveis, relegando por último plano os preceitos morais de que não deveriam afastar-se”. Pretendeu o Constituinte inibir a prática de atos imorais no âmbito da administração pública, fazendo associação do princípio da moralidade à noção do bom administrador. (CARVALHO FILHO, 2013, p. 22).

Destaca-se a ânsia da sociedade por uma maior transparência e moralidade na administração pública, refletindo-se atualmente em manifestações sociais provocadas pela irrisignação do povo que não suporta mais a corrupção instaurada e o descaso com as políticas voltadas a satisfazer os interesses públicos.

Ainda, com o intuito de romper com preceitos característicos de um Estado absolutista, a Constituição Federal prevê, como quarto princípio, no caput do seu artigo 37, a necessidade da observância da publicidade, pela administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O princípio da publicidade⁴⁴ permite a ciência, por parte do cidadão, de todos os atos praticados pelos entes públicos, permitindo com isso a possibilidade de submetê-los ao

⁴² Habitualmente os conceitos de moral e ética são empregados como sinônimos, embora de origens diferentes, a primeira do latim e a segunda do grego, duas culturas antigas que se debruçavam na reflexão sobre os costumes dos homens, sua validade, legitimidade, desejabilidade e exigibilidade de condutas, ou seja, deveres, tema central também de reflexões modernas. Mas há uma convenção majoritária que diferencia o sentido de moral do de ética, referindo que a primeira é reservada aos fenômenos sociais e a segunda para a reflexão filosófica ou científica sobre ele. (TAILLE, 2007, p. 22-23).

⁴³ A Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

⁴⁴ A publicidade objetiva a divulgação dos atos oficiais da administração pública, com ela é dado conhecimento público e iniciam os efeitos externos desejados, assim ela é necessária para que os atos administrativos produzam seus efeitos, sendo requisito de eficácia e moralidade. Em princípio, todos os atos devem ser publicados, havendo ressalva àqueles que

controle de juridicidade. É um princípio “instrumental, indispensável para a sindicabilidade da legalidade, da legitimidade, e da moralidade da ação do Poder Público”, pois por meio da visibilidade e transparência dos atos será “possível verificar sua conformidade ou desconformidade com a ordem jurídica”, constituindo-se em um direito fundamental que viabiliza o controle estatal, sem o qual o Estado Democrático de Direito se tornaria uma falácia. (MOREIRA NETO, 2009, p. 90).

Todos os atos da administração pública devem ter ampla divulgação, alinhando-se às tendências da Constituição de 1988, “invertendo a regra do segredo e do oculto”. (MEDAUAR, 2010, p. 132). Este princípio encontra-se presente no ordenamento, conforme explicitado no inciso XXXIII⁴⁵ do art. 5º, no inciso II⁴⁶ do §3º do art. 37 e no § 2º⁴⁷ do art. 216 da Constituição Federal, tendo sido recentemente regulamentados pela Lei nº 12.527/2011⁴⁸, tudo no intuito de tornar mais efetivo o acesso do administrado à informação pública de seu interesse.

O princípio da transparência administrativa trilha um percurso, ligado à ideia de Estado Democrático de Direito e “em escala decrescente, o princípio da transparência administrativa é inerência do princípio democrático”. (ATALIBA, 1988, p. 60). Nessa linha, o nível de transparência administrativa reflete o grau de respeito dos agentes aos princípios jurídico-administrativos, em que a “visibilidade proporcionada é fator psicológico de temor ao desvio de poder, ao comprometimento irresponsável dos recursos públicos”, pois os vícios decorrem da sigiliosidade dos atos praticados na administração pública. (MARTINS JÚNIOR, 2010, p. 48).

No campo da transparência da gestão fiscal⁴⁹, a publicidade e divulgação dos atos praticados pela administração pública, no curso da gestão das finanças públicas, constituem os objetivos e metas das políticas de governo. (MARTINS, 2012, p. 60).

envolvam a “segurança nacional, investigações policiais ou interesse superior da administração a ser preservado em processo previamente declarado sigiloso nos termos da lei”. (MEIRELLES, 2012, p. 96).

⁴⁵ O inciso XXXIII, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, assim dispõe: “todos tem direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

⁴⁶ O § 3º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, faz referência a participação do usuário na administração pública direta e indireta, referindo a necessidade de lei que discipline: “II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII”.

⁴⁷ O § 2º do artigo 216 da Constituição Federal de 1988, assim dispõe: “Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.”

⁴⁸ A Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011, dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal.

⁴⁹ A Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, fazendo expressa referência a necessidade de transparência, trazendo o seguinte conteúdo

Assim, o princípio da publicidade está intimamente ligado ao exercício de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, uma vez que o conhecimento do conteúdo dos atos praticados pelo Estado, proporciona condições para que o administrado dirija seu comportamento, a fim de submeter-se aos preceitos legítimos ou rechaçá-los se eivados de vícios ou desvirtuamentos.

Como quinto princípio norteador da administração pública a Lei Maior estabelece a eficiência. Logo, o administrador está vinculado à observância da lei, não só quanto à forma de praticar os atos que decorrem da sua função, mas, também, para que estes atos alcancem os resultados pretendidos, no intuito de satisfazer o interesse público. Observa-se que o legislador atento a necessidade de aprimoramento da atuação administrativa, por meio da Emenda Constitucional número 19⁵⁰, incluiu a eficiência no rol dos princípios da administração pública.

A existência da administração e sua necessidade são inegáveis, mas a forma de controle e os métodos utilizados por ela “acarretam morosidade, desperdícios, baixa produtividade, enfim, grande ineficiência”. Neste sentido, a administração pública deve aproximar-se à forma de atuação do setor privado, buscando de forma eficiente aprimorar sua gestão, auferindo os resultados almejados, identificando-se com a noção de administração gerencial. (ALEXANDRINO, 2008, p. 202).

Pelo princípio da eficiência, a administração pública deve agir de forma rápida⁵¹ e precisa na produção de resultados em prol da coletividade, “contrapondo-se a lentidão, o descaso, a negligência, a omissão – características habituais da administração pública brasileira, com raras exceções”. (MEDAUAR, 2010, p. 133-134).

Com isso, se depreende que a atuação da administração pública deve primar por uma maior excelência na prestação dos serviços públicos, podendo ser exigido esse aprimoramento por qualquer cidadão, na defesa de seus interesses.

normativo no § 1º do artigo 1º: “A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

⁵⁰ A Emenda Constitucional n. 19, de 5 de junho de 1998, dentre as alterações promovidas, acresceu ao artigo 37 o princípio da eficiência, de observância obrigatória para a administração direta e indireta de todos os poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

⁵¹ Segundo Helly Lopes Meirelles, a eficiência passou a ser um direito constitucionalmente previsto, assegurando a todos, maior celeridade na tramitação de processos judiciais e administrativos. Assim, a inobservância a razoável duração do processo, enseja a responsabilização de quem lhe haja dado causa, podendo, o interessado, se socorrer da via judicial para ver efetivado este direito. (2012, p. 101). Por meio da Emenda Constitucional n. 45, de 31 de dezembro de 2004, foi acrescido o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal, trazendo a seguinte previsão: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

1.3.2.2 Demais princípios implícitos e expressos

Além dos princípios já referidos, estão, ainda, presentes no ordenamento jurídico pátrio, quer de forma implícita ou explícita, outros princípios aplicáveis à administração pública, quais sejam: a razoabilidade, a proporcionalidade, a segurança jurídica, a motivação, a ampla defesa, o contraditório e a supremacia do interesse público.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade estão implicitamente presentes na Constituição Federal e trazem consigo a noção da proibição do cometimento de excessos por parte da administração pública, através da análise dos meios utilizados para se atingir os fins, evitando, assim, abusividade e demasiadas restrições a direitos fundamentais.

O sentido de razoabilidade está englobado no princípio da proporcionalidade, em que este consistiria “no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoabilidade adequação dos meios aos fins”. (MEDAUAR, 2010, p. 135).

No mesmo sentido, Miguel Horvath Junior refere que a razoabilidade “é a busca da coerência nas decisões e medidas administrativas, e proporcionalidade tem sentido de amplitude ou intensidade nas medidas adotadas”, especialmente no que se refere a aplicação de medidas restritivas e sancionatórias⁵². (2010, p. 24).

Em observância ao princípio da razoabilidade o administrador público deve agir com “bom senso, de modo razoável, porque as condutas incoerentes, desarrazoadas e bizarras não são apenas inconvenientes, mas ilegítimas”, exigindo-se um comportamento do *homo medius*, pois todo ato “manifestamente desarrazoado é nulo”. (CARMONA, 2011, p. 33).

Estes princípios são de relevante importância na administração pública, uma vez que são orientadores e balizadores da atuação estatal e limitadores da ação de seus agentes, no intuito de preservar o interesse público, restringir o cometimento de abusos e impedir o patrocínio de interesses privados.

⁵² A definição de razoabilidade se revela incompleta diante de sua ligação com a discricionariedade, mas aquela se revela instrumento limitador desta, servindo de instrumento de limitação pelo Judiciário e Tribunal de Contas, cujo este princípio poderá ser aplicado para “exame de validade de qualquer atividade administrativa”. Já a proporcionalidade é vislumbrada através da necessária e adequada aplicação de restrições, imposição de obrigações e sanções, no intuito de alcançar os fins que se revelem de estrito interesse público. (MEIRELLES, 2012, p. 95-96).

Como segundo princípio aborda-se a segurança jurídica que representa um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Salienta-se que a proteção da confiança conjugada com a prática da boa-fé constituem condições básicas nas relações humanas. Não é diferente nas relações jurídicas, uma vez que estes elementos, proporcionam estabilidade e certeza, o que se denomina de segurança jurídica no ordenamento pátrio.

O princípio da segurança jurídica somado a ideia de justiça “compõe o grande binômio axiológico do direito (justiça-segurança)”, que embora apresente variadas facetas, parte do pressuposto da existência de “instituições garantidoras dos direitos fundamentais à clareza das normas jurídicas e ao respeito a acordos firmados”. (ARAGÃO, 2012, p. 65-66). No mesmo sentido, Elody Nassar, refere que “num Estado Democrático de Direito, a ordem jurídica gravita em torno de dois valores essenciais: a segurança e a justiça”, em que para a realização da justiça, seja formal ou material, estão previstos diferentes mecanismos, “que vão da redistribuição de riquezas ao asseguramento do devido processo legal”. (2009, p. 38).

Fugindo à regra, na administração pública nem todo ato que nasce nulo tem sua eficácia limitada, ou seja, embora haja omissão na tomada de providências para o saneamento ou convalidação destes atos, com o passar de prolongado período de tempo eles aparentam e fazem crer legitimidade. Assim, é menos gravoso manter o ato, do que alterar a realidade com o intuito de restabelecer a legalidade, prevalecendo neste caso o princípio da segurança jurídica sobre o da legalidade. (MEIRELLES, 2012, p. 103).

Portanto, a ordem jurídica existe para que as pessoas se orientem, sabendo previamente como agir e quais as consequências de seus atos, proporcionando “certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social”. O princípio da segurança jurídica é um dos mais relevantes do ordenamento, importância esta refletida em institutos que aspiram estabilidade, como: prescrição, decadência, preclusão, usucapião, irretroatividade da lei e direito adquirido. (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 124).

Ainda, num terceiro momento destaca-se o princípio da motivação que vincula o administrador a motivar os atos praticados, devendo estes estar em estrita consonância com a lei, impedindo discriminações, desmandos e abusos. Tal preceito decorre da evolução do Estado que deixou para trás o modelo absolutista, não havendo mais espaço para a vontade pessoal do administrador.

Nesse contexto, “motivar é explicitar as razões que autorizam alguém a tomar determinada decisão”, pois na atualidade não é admissível que sejam ocultadas as razões de

convencimento para a prática de determinados atos. Há necessidade de transparência, que, por sua vez, possibilita o adequado recurso administrativo e o controle sobre a conduta do agente público, pelo administrado, como expressamente previsto na Lei n. 9.784/99⁵³, que regulamenta o processo administrativo no âmbito federal. (SANTOS, 2012, p. 46).

Este princípio⁵⁴, também, vem expresso na Constituição Federal⁵⁵, devendo ser combinado com os demais princípios que fundamentam a República. (SIRAQUE, 2009, p. 75). Assim, salvo algumas exceções ligadas ao poder discricionário do administrador, toda ação administrativa, deve ser motivada e indicados os fatos que ensejaram os atos, bem como a base jurídica que autorizou a sua prática, com vistas ao exame de sua finalidade, legalidade e moralidade administrativa. (MEIRELLES, 2012, p. 105).

O princípio da motivação é de enorme importância, pois, dele se extrai, estruturadamente, todos os fundamentos que ensejaram a prática de determinado ato por parte da administração pública, possibilitando aferir se a iniciativa possui base legal e se está vinculada ao interesse público ou se atende a outros interesses, o que poderá determinar o seu questionamento e invalidação.

Ainda, a Constituição Federal⁵⁶ assegura o contraditório e a ampla defesa a todos os litigantes e acusados, seja em processo administrativo ou judicial, oportunizando, com isso, que ninguém sofra qualquer restrição em seus direitos e garantias, sem o devido processo legal.

Embora os princípios do contraditório e da ampla defesa sejam comumente utilizados em conjunto, há diferenças entre eles. A ampla defesa é a forma de defesa utilizada pelo acusado, através da utilização de meios lícitos de prova, a fim de comprovar sua inocência, tendo amplo acesso às informações constantes no processo e ao direito de acompanhamento deste. (ALEXANDRINO, 2008, p. 670-671).

⁵³ A Lei Federal n. 9.784/99, dispõe: “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

⁵⁴ Para Wallace Paiva Martins Júnior, a motivação é um valioso instrumento de moralização, juridicização, eficiência e transparência, na medida em que: a) desestimula a omissão lesiva aos direitos dos administrados e favorece o bom funcionamento administrativo e, em última análise, a gestão do interesse público; b) reduz o espaço para o arbítrio, a parcialidade, os favorecimentos e as preterições, a corrupção e a improbidade ao exigir que o agente público exponha sua convicção; c) conforma o exercício da discricionariedade à razoabilidade e à objetividade; d) valoriza o processo administrativo como elo de ligação congruente entre o resultado da instrução e o conteúdo da decisão; e) aumenta os níveis de transparência da ação administrativa. (2010, p. 266).

⁵⁵ O inciso X, do artigo 93 da Constituição Federal, prevê: “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;”

⁵⁶ O artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Já, o contraditório se expressa na necessidade de ouvir a outra parte, oportunizando o conhecimento daquilo que lhe está sendo imputado ou do objeto que está sob litígio, “acrescido do direito à reação ou resposta”, estando presentes os dois elementos caracterizadores deste princípio, quais sejam, o conhecimento e a reação. (NOHARA, 2009, p. 59).

Segundo Helly Lopes Meirelles, umas das novidades introduzidas pela Constituição de 1988, é em relação a inclusão dos litigantes ao abrigo do contraditório e da ampla defesa⁵⁷, uma vez que anteriormente estavam abarcados tão somente os acusados, o que acaba por “jurisdicionarizar o processo administrativo”. (2012, p. 107).

Os princípios em comento decorrem do princípio do devido processo legal que garante um processo e uma sentença de justa medida, trazendo “um sentido genérico caracterizado pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, significando o direito à tutela a esses bens jurídicos em sentido amplo”. (CARMONA, 2011, p. 44).

Os princípios do contraditório e da ampla defesa são garantias constitucionais processuais e administrativas, pois, condicionam a restrição de direitos envolvendo a vida, a liberdade e a propriedade, à existência de um ulterior processo que observe e preserve a possibilidade de ter ciência e apresentar resposta.

Como último princípio trata-se da supremacia do interesse público, que está diretamente ligado a indisponibilidade⁵⁸, pela administração pública, de interesses da coletividade, pois a lei a ela atribuiu poderes de tutela, que não pode abrir mão, salvo mediante autorização legal.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, deste princípio decorre a possibilidade de a administração pública constituir obrigações a terceiros por meio de atos unilaterais dela emanados, podendo exigir seu cumprimento. Utiliza-se para tanto do poder de auto-executoriedade ou ainda, da capacidade de rever os atos praticados, promovendo a revogação ou nulidade destes, sempre restrito ao interesse geral. (2009, p. 96).

⁵⁷ Ao referir sobre a importância dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, Celso Antônio Bandeira de Mello, menciona sobre a consagração destes princípios no ordenamento e sobre a exigência de um processo formal regular para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja e a necessidade de que a Administração Pública, antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e de defesa ampla, no que se inclui o direito a recorrer das decisões tomadas. Ou seja: a Administração Pública não poderá proceder contra alguém passando diretamente à decisão que repute cabível, pois terá, desde logo, o dever jurídico de atender ao contido nos mencionados versículos constitucionais. (2009, p. 115).

⁵⁸ Odete Medauar explica que “é vedado à autoridade administrativa deixar de tomar providências ou retardar providências que são relevantes ao atendimento do interesse público, em virtude de qualquer outro motivo”. (2010, p. 134).

Desta forma, o interesse geral se sobrepõe ao interesse individual havendo assim “desigualdade jurídica entre a administração e os administrados”. Esta supremacia esta fundada nos limites fixados na lei, devendo ser interpretada de forma a buscar a preservação do interesse público. (MEIRELLES, 2012, p. 109).

Assim, a atuação administrativa está pautada pela busca da satisfação do interesse público geral, devendo prevalecer quando em confronto com interesses individuais. Além disso, por meio deste princípio, é possível efetuar o controle dos atos públicos, que não podem expressar o desejo do administrador, mas sim, o que a lei busca resguardar.

Os princípios constitucionais, sejam eles explícitos ou não, são os pilares de todo o ordenamento jurídico, servindo de base para o regramento jurídico-administrativo a que se submete a administração pública, como um todo, no Estado Democrático de Direito. Desta forma, todos os atos e ações por ela promovidos, por meio dos agentes públicos, devem visar o bem comum, como condição de legitimidade e de sua validade.

2 AGENTES PÚBLICOS: A ESTRUTURA HUMANA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Estado para cumprimento das suas funções dispõe de um complexo aparato, composto de uma vasta estrutura material e humana, sem a qual certamente nada poderia ser realizado. Para compreensão do funcionamento da máquina estatal é necessário o estudo dos agentes públicos que a compõe, bem como das diferentes formas de investidura, manutenção e extinção de vínculo para com o Estado.

Assim, agente público pode ser definido como “toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta” podendo ser classificado em quatro categorias: agentes políticos, servidores públicos, militares⁵⁹ e particulares em colaboração com o poder público. (DI PIETRO, 2011, p. 526).

Para Hely Lopes Meirelles, agente público “são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal”. Cabe aos órgãos públicos desenvolverem as funções estatais, através da distribuição delas entre os detentores de cargos ou entre os exercentes de funções, quando não investidos em nenhum cargo público. (2009, p. 75-76).

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, agente público⁶⁰ é “quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercita”, sendo a designação genérica para aqueles que de alguma forma servem ao poder público, mesmo que de forma ocasional ou episodicamente, classificados, em princípio, em quatro grandes grupos: agentes políticos; agentes honoríficos; servidores estatais, abrangendo servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de direito privado; e particulares em atuação colaboradora com o poder público. (2012, p. 249–251).

Como se observa, existe consenso entre os doutrinadores em definir o agente público como aquela pessoa física que de qualquer forma exerça uma função pública. No entanto, a

⁵⁹ Explica Maria Sylvania Zanella Di Pietro, que “até a Emenda Constitucional nº 18/98, eles eram tratados como “servidores militares”. A partir dessa Emenda, excluiu-se, em relação a eles, a denominação de servidores, o que significa ter de incluir, na classificação apresentada, mais uma categoria de agente público, ou seja, a dos militares”. Segundo a autora “conceitualmente, não há distinção entre servidores civis e os militares, a não ser pelo regime jurídico, parcialmente diverso”. (2011, p. 526).

⁶⁰ Explica Bandeira de Mello, que a noção de agente público “abarca tanto o Chefe do Poder Executivo (em quaisquer das esferas) quanto os senadores, deputados e vereadores, os ocupantes de cargos ou empregos públicos da Administração direta dos três Poderes, os servidores das autarquias, das fundações governamentais, das empresas públicas e sociedades de economia mista nas distintas órbitas de governo, os concessionários e permissionários de serviço público, os delegados de função ou ofício público, os requisitados, os contratados sob locação civil de serviços e os gestores de negócios públicos”. (2012, p. 249).

mesma sintonia não ocorre quando da tentativa de classificá-los, surgindo então diversos modelos, que representam as múltiplas perspectivas doutrinárias.

2.1 Classificação dos agentes públicos

O Estado como ente propulsor do bem comum, necessita de pessoas físicas para concretização das suas funções, sendo que estas se vinculam a ele por diferentes formas, prestando serviços através do exercício de cargo, emprego ou função pública.

Todo servidor público é um agente público, no entanto, nem todo agente público, por ser o gênero, pode ser definido como servidor público, que é uma de suas espécies. A expressão agente público não deve ser considerada sinônima de outras como: empregado público, servidor público ou agente político. Assim, estando a qualquer título, a pessoa física, exercendo cargo, mandato, emprego ou função de natureza pública, será ela denominada de agente público. (SANTOS, 2012, p. 137).

Neste contexto cabe fazer uma distinção entre cargo, emprego e função, comumente utilizados para designar diferentes realidades coexistentes⁶¹ na administração pública.

Assim, o cargo é o lugar que o ente público institui na organização, para o qual se confere denominação própria, fixando-lhe responsabilidades e atribuições específicas e estipêndio correspondente, o qual será provido e titularizado na forma que a lei estabelecer. (MEIRELLES, 2012, p. 470). Já, as funções “são plexos unitários de atribuições, criadas por lei, correspondentes a encargos de direção, chefia ou assessoramento”, não podendo ser confundida com o exercício de cargo em comissão por pessoa estranha ao serviço público, pois só é possível atribuir uma função a servidor efetivo da confiança do designante. (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 260). Além dessas situações, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, são atribuídas funções também aos contratados temporariamente para “atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”. (2011, p. 541).

⁶¹ Nas palavras de Bandeira de Mello, “nas pessoas de Direito Público (União, Estados, Municípios, Distrito Federal e em suas Administrações indiretas, as respectivas autarquias e fundações de Direito Público) tanto há servidores titulares de cargos quanto servidores ocupantes de empregos.” Diferentemente ocorre nas “pessoas de Direito Privado da Administração indireta, isto é, nas empresas públicas e sociedades de economia mista e fundações governamentais de Direito Privado,” onde só existem empregos. (2012, p. 260).

Por outro lado, os empregos são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, conforme prevê a Lei n. 9.962/2000⁶², afeiçoando-se como “núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados”, devendo ser criados por lei quando se tratar de “empregos permanentes na Administração direta ou em autarquia”. (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 260–261).

Ainda, imperioso definir o que é mandato, exercido por agentes políticos, que em regra a investidura se dá por meio de eleição, para exercício transitório de funções e atribuições constitucionalmente previstas. Não se sujeitam às regras comuns aplicadas aos demais servidores públicos, sendo-lhes aplicadas as previsões constitucionais relativas as suas prerrogativas e responsabilidades decorrentes do *múnus* público. (CARVALHO FILHO, 2013, p. 590).

Os agentes políticos, pode-se dizer que são os integrantes do primeiro escalão do governo, exercendo com independência as suas funções governamentais, judiciais e quase judiciais, sujeitas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição. Nesta categoria, como exemplo, podem ser enquadrados os: Chefes do Poder Executivo, seus auxiliares imediatos como Secretários e Ministros de Estado; membros do Legislativo; Ministério Público; membros dos Tribunais de Contas e representantes diplomáticos. (GALANTE, 2010, p. 37-38).

Entre as inúmeras classificações adotadas no meio doutrinário para designar os agentes públicos, para Edmir Netto de Araújo, eles se dividem em: agentes políticos, servidores públicos, e particulares em colaboração com o poder público. Levando em conta o regime a que se submetem, o autor situa dentro da categoria dos servidores públicos: os servidores públicos estatutários, os empregados públicos celetistas, e os servidores públicos não efetivos, “ocupantes de funções ou funções-atividade como os temporários ou extranumerários, e os empregados públicos das empresas estatais e fundações privadas estatais”. (2005, p. 243-266).

Para Helly Lopes Meirelles, em um sentido amplo, servidores públicos “são todos os agentes públicos que se vinculam à Administração Pública, direta e indireta, do Estado”, subordinados a “regime jurídico (a) estatutário regular, geral ou peculiar, ou (b) administrativo especial, ou (c) celetista (regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT), de natureza profissional e empregatícia”. Para o autor, a Constituição Federal classifica

⁶² A Lei n. 9.962, embora discipline o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, aplica-se também às demais esferas de governo. (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 260).

os servidores públicos em quatro espécies, quais sejam: “agentes políticos⁶³, servidores públicos em sentido estrito ou estatutários⁶⁴, empregados públicos⁶⁵ e os contratados por tempo determinado”.⁶⁶ (2012, p. 464).

Em decorrência das classificações apresentadas e da leitura do inciso II⁶⁷, do artigo 37 da Constituição Federal, extrai-se que somente há a exigência de concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, sendo que tal requisito não se observa no que pertine a função, pois esta será exercida ou de forma temporária para atender necessidade emergente da administração ou realizadas por ocupantes de funções de confiança de livre nomeação da autoridade. (DI PIETRO, 2011, p. 536).

Estas são as definições usualmente mais adotadas para a classificação dos agentes públicos, não obstante deva-se registrar que existem outras, que representam meros desdobramentos das acima explicitadas. Compreende-se que a melhor classificação é aquela antes referida, apresentada por Helly Lopes Meirelles.

Desse modo, destaca-se a grande importância que a pessoa humana assume na relação com o Estado, uma vez que é por meio dela que efetivamente se materializam os atributos estatais, a fim de atender os anseios da sociedade e buscar a realização do bem comum.

⁶³ Explica o autor que os agentes políticos constituem uma categoria própria de agente público, mas que para fins de tratamento jurídico a Constituição os coloca como servidores públicos. (MEIRELLES, 2012, p. 464).

⁶⁴ Meirelles, define os servidores públicos em sentido estrito ou estatutários, como sendo “os titulares de cargo público efetivo e em comissão, com regime jurídico estatutário geral ou peculiar e integrantes da Administração direta, das autarquias e das fundações públicas com personalidade de Direito Público. (MEIRELLES, 2012, p. 465).

⁶⁵ São considerados empregados públicos “todos os titulares de emprego público (não de cargo público) da Administração direta e indireta, sujeitos ao regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho”, não possuindo estabilidade e devendo se submeter ao regime geral de previdência social, assim como acontece com os titulares de cargos em comissão ou temporários. Para os empregados públicos permanece a necessidade de admissão por meio de concurso ou processo seletivo público, assegurando a todos a igualdade para participação. (MEIRELLES, 2012, p. 465).

⁶⁶ Os contratados por tempo determinado, destinam-se tão somente a atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos casos especificamente definidos em lei, sendo permitida a contratação para desempenho de atividades de caráter eventual, temporário ou excepcional, inclusive para atividades de caráter regular ou permanente. (MEIRELLES, 2012, p. 465).

⁶⁷ Artigo 37 da Constituição Federal: “[...] II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de prova ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; [...]”.

2.2 O regime jurídico dos servidores públicos

A relação jurídica entre o particular e a administração pública possui disciplina própria no meio administrativo, decorre da observância das peculiaridades co-existenciais e atende os preceitos constitucionais emanados da autonomia política atribuída a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Os servidores detentores de cargo e emprego públicos se submetem a regimes diversos, enquanto estes são regidos pelo regime celetista, àqueles geralmente regem-se pelo regime estatutário, cabendo a lei definir ou traduzir a escolha delineada pelo ente. Já os servidores de sociedades de economia mista, de empresas públicas e de fundações de direito privado, instituídas pelo Poder Público, serão regidos, necessariamente, pela Consolidação das Leis Trabalhistas, pois, “por serem pessoas de Direito Privado, nelas não há cargos públicos”, mas tão somente empregos, ficando o regime estatutário adstrito a ocupante de cargo público. (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 265).

O regime jurídico refere-se às normas que regem os deveres, direitos e outros aspectos da vida funcional, disciplinando os vínculos com o poder público. O regime estatutário se concretiza por meio de lei usualmente denominada de estatuto, que em regra rege os servidores efetivos, no entanto, no que for compatível e por expressa previsão legal, poderá englobar os cargos em comissão. (MEDAUAR, 2010, p. 280-282).

Já os direitos e deveres dos empregados públicos são submetidos ao regime celetista, regendo-se pela Consolidação das Leis do Trabalho. Há, ainda, a possibilidade da existência de um regime especial que engloba os servidores contratados por prazo determinado para atender necessidades de excepcional interesse público, para os quais a lei disciplinará o regulamento a ser aplicado. (MEDAUAR, 2010, p. 280-282).

Por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.135, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a vigência do artigo 39⁶⁸ da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/98⁶⁹, “restabelecendo, com efeito *ex nunc*, a redação original”⁷⁰

⁶⁸ Pela Emenda Constitucional n. 19/98 foi dada a seguinte redação ao artigo 39: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. [...]”.

⁶⁹ A Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998, “Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências”. Com ela a redação do artigo 39 da Constituição Federal passou a ter a seguinte redação: “Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes”.

do referido artigo, prevendo a adoção de um regime jurídico único, podendo ele ser “estatutário, celetista e administrativo especial”. (MEIRELLES, 2012, p. 466-467).

Dessa forma, observa-se que os servidores públicos são uma espécie do gênero agentes públicos. Eles mantêm relações jurídico-administrativas com o Estado que são regidas por diferentes regimes, nos quais são estabelecidas todas as condições para o exercício da atividade pública, disciplinando direitos e obrigações do servidor para com o ente público a que se vincula.

Para uma melhor compreensão, considerada a amplitude dos temas relativos aos agentes públicos, este trabalho será orientado ao estudo tão somente dos servidores públicos efetivos, tendo em vista que o tema central é o instituto da recondução, aplicável a estes, como será melhor explicitado adiante.

2.3 Formas de investidura dos servidores públicos

A legislação pátria historicamente, de alguma forma, sempre estabeleceu condições para o acesso a cargos, empregos e funções públicas, especialmente por estrangeiros, efetivando com isso uma maior proteção aos brasileiros, natos e naturalizados. Assim, as formas de investidura⁷¹ nos cargos públicos, bem como as possibilidades de acumulação⁷² de cargos no serviço público, encontram amparo, respectivamente, no artigo 37, incisos II e XVI da Constituição Federal.

Conforme menciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro, pela redação originária⁷³ do inciso I do artigo 37, da Constituição Federal, o acesso a cargos, empregos e funções públicas era restrito a brasileiros, natos ou naturalizados, sendo admitida, no entanto, a contratação

⁷⁰ Redação original do artigo 39 da Constituição Federal, restabelecida pelo Supremo Tribunal Federal: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. [...]”.

⁷¹ Dispõe o inciso II do artigo 37 da Constituição Federal que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

⁷² A vedação e as hipóteses de acumulação estão previstas no inciso XVI do artigo 37 da Constituição Federal, assim dispendo: “é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: a) a de dois cargos de professor; b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; c) a de dois cargos privativos de médico; c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas”.

⁷³ O inciso I do artigo 37 da Constituição Federal dispunha que: “I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei”.

temporária de estrangeiro para atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público. (2011, p. 538-539).

Aos poucos essa realidade foi alterada, passando-se a permitir que universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica pudessem admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros. Com a atual redação do inciso I⁷⁴ do artigo 37 da Constituição Federal, “o direito de acesso estende-se também aos estrangeiros”, devendo cada ente da federação estabelecer em lei, as condições de ingresso, tendo em vista que a matéria relativa a servidores públicos não é privativa da União⁷⁵, considerando que cada ente possui quadro próprio⁷⁶ de servidores. (DI PIETRO, 2011, p. 539).

Destarte, preenchidos os requisitos exigidos, os cargos públicos são acessíveis a qualquer brasileiro, nato ou naturalizado, como também aos portugueses equiparados, ressalvados alguns cargos ou funções, que por razões estratégicas e de segurança, a Constituição Federal os reserva privativamente⁷⁷ a brasileiros natos. (SANTOS, 2012, p. 254).

Conforme previsão constitucional⁷⁸, ressalvados os cargos em comissão, que por lei são declarados de livre nomeação e exoneração, os demais cargos devem ser providos por meio de concurso⁷⁹ público, de provas ou de provas e títulos, conforme a natureza e complexidade de cada cargo ou emprego. A escolha dos cargos em comissão deve observar os casos, percentuais mínimos e condições previstos em lei, além das restrições impostas quanto à prática do nepotismo⁸⁰ no serviço público. (DI PIETRO, 2011, p. 540).

⁷⁴ O artigo 37 da Constituição Federal, prevê em seu inciso I: “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da Lei”.

⁷⁵ O artigo 18 da Constituição Federal prevê que: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

⁷⁶ Explica José Afonso da Silva que para execução dos serviços públicos a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, possuem autonomia para estabelecer a organização e o regime jurídico de seus servidores, observados os princípios estatuídos nos artigos 37 a 42 da Constituição Federal. (SILVA, 2012, p. 693).

⁷⁷ Artigo 12 da Constituição Federal: [...] § 3º São privativos de brasileiro nato os cargos: I – de Presidente e Vice-Presidente da República; II – de Presidente da Câmara dos Deputados; III – de Presidente do Senado Federal; IV – de Ministro do Supremo Tribunal Federal; V – da carreira diplomática; VI – de oficial das Forças Armadas; VII – de Ministro de Estado da Defesa.

⁷⁸ Artigo 37, inciso II da Constituição Federal: “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

⁷⁹ Sobre o assunto o Supremo Tribunal Federal assim se manifestou por meio da Súmula n. 685: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”.

⁸⁰ Súmula Vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal: “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.”

Diferentemente do que outrora ocorria, atualmente não é mais possível a realização de concurso público somente de títulos. Além disso, as comissões ou bancas examinadoras dos concursos públicos devem ser integradas por servidores efetivos sendo “aconselhável que não se coloque servidor de cargo inferior ao que está sendo preenchido pelo concurso, em razão da deficiência técnica do possível membro”. (COSTA, 2006, p. 262).

O concurso público “é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público”, promovendo a igualdade de condições entre os candidatos e afastando “os ineptos e os apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando cargos e empregos públicos”. (MEIRELLES, 2009, p. 439).

Em atendimento a previsão constitucional⁸¹ os editais dos concursos devem prever a reserva⁸² de vagas para portadores de deficiência, em percentual e condições definidos em lei própria de cada ente. Caso os Estados e Municípios não possuam normatização própria, estabelecendo o percentual mínimo e demais aspectos, deverão observar a legislação federal⁸³, mais especificamente a Lei Federal n. 7.853/89.

Ainda, a administração pública pode fixar requisitos restritivos para acesso aos cargos, funções e empregos públicos, desde que sejam “razoáveis e proporcionais às necessidades”, bem como compatíveis com as exigências para desempenho eficaz de suas atribuições. Por exemplo, podem ser fixados requisitos relacionados a limites como altura, sexo, idade, etc, admitidos se condizentes com as funções a serem desempenhadas. Da mesma forma é admissível a submissão dos candidatos ao exame psicotécnico, “mas desde que seja objetivo e cujos critérios sejam previamente estabelecidos no edital, ou seja, cujo resultado seja aferível pelo candidato”. (ARAGÃO, 2012, p. 521).

Da leitura do inciso III do artigo 37 da CF, denota-se que o “prazo do concurso público não é de dois anos, mas de até dois anos”, assim podendo ser por prazo menor e

⁸¹ Artigo 37, inciso VIII da Constituição prevê que: “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.

⁸² A Lei Federal 8.112/90, em seu artigo 5º, § 2º dispõe que: “Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso”.

⁸³ A norma aplicada ao caso é a Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, que: “Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências.”

renovável uma única vez, por período igual ao inicialmente previsto. (SANTOS, 2012, p. 258).

Diante das normas constitucionais relativas ao prazo de validade dos concursos públicos é correto interpretar que a autoridade “não poderá deixá-lo escoar simplesmente como meio de se evadir ao comando de tal regra, nomeando em seguida os aprovados no concurso sucessivo” o que caracterizaria um desvio de poder, contrário ao interesse público. (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 288). A jurisprudência⁸⁴ tem se orientado no sentido de que o aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas, tem o direito a nomeação, pois não seria razoável que o poder público, por necessidade, onerosamente realize um concurso público e não nomeie os aprovados para preenchimento das vagas. (DI PIETRO, 2011, p. 544-545).

Feita a seleção, por meio do concurso público, os cargos ou empregos públicos são providos por meio da nomeação pela autoridade competente e para que se perfectibilize a relação entre o Estado e o nomeado é necessário haver a posse “que é o ato de aceitação do cargo e um compromisso de bem servir e deve ser precedido por inspeção médica”. (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 314).

Percebe-se que “a nomeação é o ato de provimento de cargo, que se completa com a posse e o exercício”, sendo a posse o marco inicial dos direitos e deveres funcionais. Mas, também, é por meio dela que iniciam as “restrições, impedimentos e incompatibilidades para o desempenho de outros cargos, funções ou mandatos”. (MEIRELLES, 2009, p. 442).

Desta forma, o provimento de cargos públicos pode ser originário, também chamado de inicial, ou derivado. O provimento inicial⁸⁵ pressupõe a inexistência de uma relação anterior com o cargo para o qual foi nomeado, mantendo-se a originariedade mesmo que vinculado a outro cargo público. (MEIRELLES, 2012, p. 475-476).

⁸⁴ Preceitua a jurisprudência: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO QUE PASSA A FIGURAR DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DESISTÊNCIA DE CANDIDATO CLASSIFICADO EM COLOCAÇÃO SUPERIOR. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO. I – O Plenário desta Corte, no julgamento do RE 598.099/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, firmou entendimento no sentido de que possui direito subjetivo à nomeação o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital de concurso público. II - O direito à nomeação também se estende ao candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, mas que passe a figurar entre as vagas em decorrência da desistência de candidatos classificados em colocação superior. Precedentes. III – Agravo regimental improvido. RE 643674 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/08/2013, Acórdão eletrônico DJe-168 divulgado 27-08-2013, publicado 28-08-2013.”

⁸⁵ Explica o autor que o provimento inicial se dá pela nomeação, que segundo previsto no inciso II do artigo 37 da Constituição Federal, considerada a natureza do cargo, pode ser efetiva, em comissão e vitalícia.

A Lei Federal n. 8.112/90⁸⁶, que serviu de base para a grande maioria dos Estados e Municípios, ao dispor sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, em seu artigo 8º ⁸⁷, prevê as seguintes formas de provimento dos cargos públicos: nomeação, promoção, readaptação, reversão, aproveitamento, reintegração e recondução.

Para uma melhor compreensão destes institutos, cabe uma breve explanação a respeito destas formas de provimento, para tanto, utilizam-se as definições trazidas por Celso Antônio Bandeira de Mello, quais sejam:

A nomeação é a única forma de provimento originário e independe de ter ou não havido vinculação com outro cargo público. O ato de provimento para os cargos da administração central é da alçada do Chefe do Poder Executivo, o qual poderá delegar esta competência. Também está incluída nesta alçada a nomeação de alguns cargos estranhos ao quadro do Executivo, tais como: Magistrados de Tribunais e Ministros do Tribunal de Contas. No Poder Legislativo os cargos serão providos pelos respectivos presidentes, assim como ocorre nos serviços auxiliares do Judiciário que são de responsabilidade dos Presidentes dos Tribunais afetos. (2012, p. 314-315).

Assim, realizada a nomeação⁸⁸, o servidor deverá no prazo de 30 (trinta) dias tomar posse no cargo, sob pena de caducidade da mesma. Tomada a posse⁸⁹, num prazo de 15 (quinze) dias deverá colocar-se à disposição para entrada em exercício que, se não verificada provocará a exoneração do cargo. (2012, p. 314-315).

A segunda forma de provimento em cargo público é a promoção, que se caracteriza por ser uma forma de provimento derivado, em que o “servidor é guindado para cargo mais elevado” dentro da própria carreira, dependendo do cumprimento de determinados critérios fixados em lei, tais como “merecimento e antiguidade”. Esta forma⁹⁰ não deve ser confundida

⁸⁶ Esta lei dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

⁸⁷ São formas de provimento de cargo público: I - nomeação; II - promoção; III – revogado; IV - revogado; V - readaptação; VI - reversão; VII - aproveitamento; VIII - reintegração; IX - recondução.

⁸⁸ A nomeação é uma forma de provimento originário, de competência do Chefe do Poder Executivo, para os cargos da administração central, feita através de decreto, com fundamento no artigo 84, XXV, da Constituição Federal. No entanto essa competência é delegável aos Ministros, os quais a realizarão por meio de portaria.

⁸⁹ Para que haja o aperfeiçoamento da relação entre o nomeado e o Estado, é preciso que ocorra a posse, que “é o ato de aceitação do cargo e um compromisso de bem servir”, da qual decorrendo a investidura do servidor, “que é o travamento da relação funcional”.

⁹⁰ Um exemplo da forma de provimento derivado vertical é a passagem do ocupante do cargo de promotor para o de procurador de justiça ou de juiz para desembargador. (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 285).

com a promoção horizontal⁹¹, que ocorre no mesmo cargo e que a única alteração dela decorrente é a elevação de vencimentos. (2012, p. 316).

A terceira espécie é a readaptação, que, também, representa uma forma de provimento derivado, tratando-se de uma espécie de transferência do servidor de seu cargo originário para outro, no qual as funções sejam compatível com suas limitações supervenientes e condizentes com suas condições físicas ou mentais, auferidas por inspeção médica⁹². (2012, p. 316).

A quarta hipótese de provimento em cargo público é a reversão, que se constitui numa hipótese de provimento derivado, caracterizando-se pelo retorno do servidor aposentado ao serviço ativo. Este reingresso⁹³ pode ser a pedido ou *ex officio*, motivado pela não subsistência dos motivos ensejadores da aposentadoria, quer seja por ter sido erradamente concedida ou por terem sido superadas as razões de saúde que a determinaram. (2012, p. 316-317).

⁹¹ Pelo provimento derivado horizontal o servidor “não ascende, nem é rebaixado em sua posição funcional”. Com a extinção legal da transferência a única forma existente desta modalidade é a readaptação. (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 316).

⁹² O artigo 24 da Lei Federal n. 8.112/90, dispõe que: “readaptação é a investidura do servidor em cargo de atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental verificada em inspeção médica”. A jurisprudência tem se manifestado no seguinte sentido: ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - AGENTE ADMINISTRATIVO - MINISTÉRIO DA SAÚDE - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - NÃO COMPROVAÇÃO - POSSE EM CARGO PÚBLICO NECESSIDADE DE PRÉVIA INSPEÇÃO MÉDICA OFICIAL. 1- O Mandado de Segurança só pode ser utilizado como ferramenta jurídica em casos em direito líquido e certo. Ora, no presente caso, não há direito líquido e certo do impetrante a ser admitido em concurso sem o preenchimento dos requisitos previstos no edital. Pelo contrário: da análise da situação do impetrante, bem como da leitura do edital, constata-se, de imediato, que, de primeira vista, não há o direito alegado. 2- A Constituição Federal deferiu ao legislador ordinário estabelecer os critérios para o ingresso de qualquer candidato no serviço público, conforme se depreende do art. 37, II. 3- Em observância ao regramento Constitucional foi editada a Lei Federal nº 8.112/90, denominada de Regime Jurídico dos Servidores Públicos Cíveis da União, das Autarquias e Fundações Públicas, que previu expressamente a realização de prévia inspeção médica oficial para a posse em cargo público, conforme deflui do art. 14 daquela Lei. 4- O Edital nº 001/2005/SE/MS exige a apresentação, pelo candidato, para efeito da nomeação, posse e exercício, entre outros requisitos, previstos no item 13, que no momento da convocação para a posse, todos os pré-requisitos deverão estar atendidos, conforme estabelecido no subitem 3. 1. 5- A conclusão da inspeção médica firmada por médico do Ministério da Saúde no concurso público em apreço, por ser ato administrativo, possui presunção juris tantum de legalidade e veracidade, necessitando de prova robusta para confrontá-la. Neste particular, não existe nos autos prova inequívoca de que o Impetrante esteja apto para o serviço público. 6- Recurso provido. Agravo interno prejudicado. (RIO DE JANEIRO, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2008).

⁹³ ADMINISTRATIVO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CESSAÇÃO DOS MOTIVOS. REVERSÃO. POSSIBILIDADE. TRANSFORMAÇÃO. CARGOS BACEN. REGIME CELETISTA EM ESTATUTÁRIO. ENQUADRAMENTO DO SERVIDOR NO RJU. CABIMENTO. 1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado por Hélio de Andrade Carvalho, ex-funcionário do Bacen, aprovado no Concurso Público 6608215552, de 21.8.1966, e aposentado por invalidez em 1976, visando retornar ao serviço público por meio de reversão de sua aposentadoria. 2. O Tribunal a quo consignou ter o recorrido passado por junta médica oficial, a qual atestou sua aptidão física para o trabalho. Assim, não pode o STJ rever tal entendimento com base na Súmula 7/STJ. 3. Na hipótese, por se tratar de aposentadoria por invalidez, no qual o afastamento do serviço se deu independentemente da vontade do servidor (por moléstia grave), e havendo expressa determinação legal de retorno às atividades normais (cessado o motivo da aposentadoria e após aprovação de junta médica), não há como concluir diversamente da natureza provisória desse afastamento. 4. Ocorrendo reversão do servidor aposentado por invalidez, esta se fará no mesmo cargo ou naquele resultante de sua transformação. Incasus, o cargo que o recorrido ocupava, antes regido pela CLT, foi transformado, por determinação constitucional (art. 39 da CF), em estatutário com o advento da Lei 8.112/1990. É nessa nova situação funcional que o servidor deve ser enquadrado. 5. Recurso Especial não provido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2011).

A quinta espécie é o aproveitamento, que nada mais é do que o retorno, de servidor estável que fora posto em disponibilidade⁹⁴, a seu antigo cargo ou a outro, neste último caso desde que as atribuições e os vencimentos sejam compatíveis com o cargo originário⁹⁵. Dita disponibilidade remunerada decorre da extinção do cargo ou de reintegração de seu anterior ocupante, “sem que o desalojado proviesse de cargo anterior ao qual pudesse ser reconduzido e sem que existisse outro da mesma natureza para alocá-lo”. (2012, p. 317).

A sexta forma é a reintegração, que ocorre quando há a declaração de nulidade do ato que determinou a demissão do servidor, motivada por ilegalidade, reconhecida pela via judicial ou administrativa. O servidor retornará a seu cargo ou a outro equivalente, tendo direito a integral reparação dos prejuízos advindos do ato que culminou no seu desligamento⁹⁶. (2012, p. 317).

A última espécie é a recondução, que sob a perspectiva do doutrinador, é a hipótese de retorno ao cargo originário de servidor estável submetido a estágio probatório em um novo cargo e no qual haja sido inabilitado. Pode ainda ocorrer no caso de reintegração do precedente ocupante, nesta hipótese o ocupante será reconduzido a seu cargo de origem ou posto em disponibilidade se estável, e caso não seja, será exonerado. (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 317).

Completando a classificação apresentada Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera a existência de outra categoria de provimento levando em consideração a sua durabilidade. Assim, o provimento no cargo pode ser dividido em efetivo, vitalício e em comissão.

⁹⁴ É o ato por meio do qual o poder público transfere o servidor estável para a inatividade, com provento proporcionais ao tempo de serviço. Decorre da extinção do cargo ou da sua ocupação por servidor reintegrado, “sem que o desalojado proviesse de cargo anterior ao qual pudesse ser reconduzido e sem que existisse outro da mesma natureza para alocá-lo”. (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 317).

⁹⁵ ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORES EM DISPONIBILIDADE. DECRETO PRESIDENCIAL DETERMINANDO O APROVEITAMENTO. AUSÊNCIA DE CARGO COMPATÍVEL. IMPOSSIBILIDADE PRÁTICA DE CONCRETIZAÇÃO DO APROVEITAMENTO NOS MOLDES PRETENDIDOS. 1) O instituto do Aproveitamento consiste no retorno ao serviço público do servidor estável colocado em disponibilidade, quando haja cargo vago de natureza e vencimento compatíveis com o anteriormente ocupado. In casu, inexistente cargo equivalente, conforme demonstrado nos autos e reconhecido pela sentença recorrida, o que obsta a concretização do aproveitamento, nos termos pretendidos. 2) Pertinente a doutrina de Hely Lopes Meirelles, trazida pelo decisor, no sentido de que o funcionário poderá adquirir direito à permanência no funcionalismo, mas não adquirirá nunca direito ao exercício da mesma função, no mesmo lugar e nas mesmas condições, salvo os vitalícios, que constituem uma exceção constitucional à regra estatutária. O poder de organizar e reorganizar os serviços públicos, de lotar e relotar servidores, de criar e extinguir cargos é indisponível da Administração, por inerente à soberania interna do próprio Estado. (in Direito Administrativo Brasileiro, 14ª ed., p. 365). 3) Nego provimento ao recurso. (RIO DE JANEIRO, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2005).

⁹⁶ PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REINTEGRAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO. VENCIMENTOS RETROATIVOS A PARTIR DA DATA DA DEMISSÃO ILEGAL. 1. É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que, em se tratando de mandado de segurança objetivando reintegração de servidor público demitido ilegalmente, são devidos os vencimentos e eventuais vantagens financeiras ao impetrante, desde a data do ato impugnado. 2. Recurso especial não provido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2011).

O provimento efetivo⁹⁷ decorre da nomeação de aprovado em concurso público, que decorridos três anos de exercício obtém o direito a permanência no cargo, podendo ser destituído somente por sentença judicial; mediante processo administrativo; e procedimento periódico de avaliação, garantida a ampla defesa. (2011, p. 605).

Já, no provimento vitalício⁹⁸, o cargo é provido mediante nomeação e nem sempre dependerá de concurso público, pois nos Tribunais pode decorrer de ingresso por promoção ou por nomeação do Chefe do Executivo, conforme previsto no artigo 84, incisos XIV⁹⁹ e XVI¹⁰⁰ da Constituição Federal. É uma exceção à regra geral da estabilidade e é restrito aos casos previstos na Constituição Federal¹⁰¹. A vitaliciedade não deve ser confundida com perpetuidade, pois o servidor vitalício se submete a aposentadoria compulsória¹⁰², aos 70 anos. (2011, p. 606).

Por último, o provimento em comissão, que independe de concurso público e será realizado nos cargos em que a lei prever. É feito em caráter transitório. (DI PIETRO, 2011, p. 606). Destina-se apenas ao desempenho de atribuições de chefia, direção e assessoramento, e o provimento de cargos em comissão pode recair sobre novos servidores ou servidores efetivos do quadro existente, neste último caso deve obedecer os casos, condições e percentuais mínimos definidos em lei¹⁰³ própria de cada ente, observado o princípio da razoabilidade. (MEIRELLES, 2012, p. 471).

Portanto, as formas de investidura de servidores no serviço público encontram-se elencadas em lei. Como observado, a administração pública deve se nortear pelo princípio da legalidade e da igualdade para o provimento dos cargos efetivos, uma vez que através do concurso público busca selecionar os melhores, em meio a concorrentes, que atendam as

⁹⁷ A efetividade aparece como um requisito para obtenção da estabilidade, por isso “o instituto da efetividade não se confunde com o da estabilidade. O empossado em cargo efetivo de pronto já tem efetividade, que é concernente à natureza do cargo que ocupa, mas só terá estabilidade após três anos”. (ARAGÃO, 2013, p. 535).

⁹⁸ Os seus ocupantes possuem maior garantia de permanência no cargo, pois adquirida a vitaliciedade, a perda do cargo decorre somente de decisão judicial transitada em julgado, o que propicia o exercício de suas funções com maior independência. Os servidores nomeados adquirem o direito a vitaliciedade, em regra, após dois anos de exercício e no caso da nomeação não se originar de concurso, ela é adquirida desde logo. (ARAGÃO, 2012, p. 510).

⁹⁹ É atribuição do Presidente da República: “nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei”.

¹⁰⁰ Também está na órbita das competências do Presidente da República: “nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União”.

¹⁰¹ A vitaliciedade dos juízes está prevista no artigo 95, inciso I, da Constituição Federal de 1988. A mesma garantia é prevista nos artigos 73, §3º e 128, §5º, alínea “a”, respectivamente para os Ministros do Tribunal de Contas e Membros do Ministério Público.

¹⁰² O Supremo Tribunal Federal por meio da Súmula n. 36 assim se manifestou: “Servidor vitalício está sujeito à aposentadoria compulsória, em razão da idade”.

¹⁰³ É o que prevê a Constituição Federal em seu artigo 37, inciso V: “as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”.

especificidades necessárias para bem desempenhar suas atribuições, sem, contudo, fazer distinções que a lei não o fez.

2.4 Acumulação de cargos públicos

Não obstante o exercício de cargo público seja de livre acesso, atendidas as prescrições legais, salvo algumas situações, o seu acúmulo encontra vedação no ordenamento pátrio. Esta limitação visa evitar abusos e a monopolização de atividades públicas.

Neste espectro a Constituição Federal com o objetivo de ampliar a participação da sociedade na estrutura da administração pública e para obter especial dedicação dos ocupantes de cargo público, estabelece como regra a proibição da acumulação remunerada de cargos públicos, prevendo algumas exceções¹⁰⁴, proibição esta estendida também a empregos e funções públicas, a teor do inciso XVII¹⁰⁵ do artigo 37 da Constituição Federal. (SANTOS, 2012, p. 279-280).

É de longa data a previsão da proibição de acumulação remunerada de cargos, empregos e funções, tendo sido prevista pelo Decreto da Regência, da lavra de José Bonifácio, no ano de 1822, com o intuito de impedir que uma mesma pessoa pudesse ocupar ou exercer vários cargos ou funções, sem fazê-lo de forma proficiente e mesmo assim ser remunerado por isso. Persiste na atualidade essa orientação proibitiva, pois a acumulação vem em evidente prejuízo à administração pública, seja pela deficiência na prestação dos serviços pela impossibilidade de serem prestados ao mesmo tempo¹⁰⁶ ou pela dúplice remuneração. (MEIRELLES, 2009, p. 447-448).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro assinala que “a vedação só existe quando ambos os cargos, empregos ou funções forem remunerados”, ou ainda quando houver

¹⁰⁴ O inciso XVI do artigo 37 da Constituição Federal, assim estabelece: “é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: a) a de dois cargos de professor; b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico; c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas”.

¹⁰⁵ Inciso XVII, do artigo 37 da Constituição Federal: “a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público”.

¹⁰⁶ A Súmula 246 do Tribunal de Contas da União prevê que: “O fato de o servidor licenciar-se, sem vencimentos, do cargo público ou emprego que exerça em órgão ou entidade da administração direta ou indireta não o habilita a tomar posse em outro cargo ou emprego público, sem incidir no exercício cumulativo vedado pelo artigo 37 da Constituição Federal, pois que o instituto da acumulação de cargos se dirige à titularidade de cargos, empregos e funções públicas, e não apenas à percepção de vantagens pecuniárias”.

compatibilidade¹⁰⁷ de horários, não sendo ainda possível a tríplice¹⁰⁸ acumulação a menos que uma das funções¹⁰⁹ não seja remunerada. (2011, p. 566).

Assim, compatibilidade, refere-se à possibilidade de exercício ao mesmo tempo, mas em horários¹¹⁰ distintos, de dois cargos, empregos ou funções públicas, obedecidas as exceções previstas na Constituição, as quais objetivam tornar mais eficiente e profissional o serviço público. Além disso, a remuneração não deve exceder os limites¹¹¹ fixados para cada ente, e desde que se trate¹¹² de dois cargos de professor; um cargo de professor com outro, técnico ou científico; dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com

¹⁰⁷ MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO ALEGADO PELO IMPETRANTE. PEDIDO DE RECONDUÇÃO A CARGO DE PROFESSOR DA REDE ESTADUAL. INDEFERIMENTO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR INVESTIDO NO CARGO DE INSPETOR DE POLÍCIA. **CUMULATIVIDADE DE CARGOS NÃO ADMITIDA. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ARTIGO 37, XVI, B, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE PROVA DA COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS ENTRE OS CARGOS A SEREM ACUMULADOS.** PRELIMINAR ACOLHIDA E DENEGARAM A SEGURANÇA. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2012). (grifo do autor).

¹⁰⁸ Servidor público. Tríplice cumulação de proventos e vencimentos. Vedação constitucional. Inexistência de violação de direito adquirido. 1. A Emenda Constitucional n. 20/1998, ao introduzir o § 10 no art. 37 da Constituição da República, apenas transformou o entendimento jurisprudencial consubstanciado na interpretação do art. 37, incs. XVI e XVII, e do art. 95, parágrafo único, inc. I, da Constituição da República em texto constitucional, firmado no sentido de que é vedada a acumulação de proventos e vencimentos, salvo em relação a cargos acumuláveis na atividade. 2. A vedação constitucional à percepção cumulativa de três cargos públicos, entre proventos e vencimentos, sempre existiu, nada importando que as fontes pagadoras sejam diversas, pelo que não há falar em violação qualquer de direito adquirido no ato que cancela uma das aposentadorias em acúmulo inconstitucional. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2005).

¹⁰⁹ Ao referir-se sobre a acumulação de funções, Lúcia Valle Figueiredo, explica que “mesmo não havendo acumulação remunerada, a acumulação de funções também estaria definitivamente vedada pela Constituição, porque esta acumulação é indesejável pelo ordenamento jurídico”. (2006, p. 132).

¹¹⁰ AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE DOIS CARGOS PRIVATIVOS DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE. IMPOSSIBILIDADE DA LIMITAÇÃO DA CARGA HORÁRIA SEMANAL COM A MERA APLICAÇÃO DO ACÓRDÃO 2.133/2005 DO TCU. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS A SER AFERIDA EM AVALIAÇÕES DE DESEMPENHO. VIOLAÇÃO DO DIREITO SUBJETIVO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO ART. 118, § 2o. DA LEI 8.112/90. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL QUE LIMITE A CARGA HORÁRIA, DIÁRIA OU SEMANAL. ACÓRDÃO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INÚMEROS PRECEDENTES. SÚMULA 83 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DA UNIÃO DESPROVIDO. 1. O art. 37, XVI da Constituição Federal, bem como o art. 118, § 2o. da Lei 8.112/90, somente condicionam a acumulação lícita de cargos à compatibilidade de horários, não havendo qualquer previsão que limite a carga horária máxima desempenhada, diária ou semanal. 2. Dessa forma, estando comprovada a compatibilidade de horários, não há que se falar em limitação da carga horária máxima permitida. Precedentes desta Corte. 3. Agravo Regimental da UNIÃO desprovido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

¹¹¹ O artigo 37 da Constituição Federal, inciso XI, prevê: “a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos”.

¹¹² A Constituição Federal no artigo 37, inciso XVI, assim dispõe: “é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: a) a de dois cargos de professor; b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas”.

profissões regulamentadas; exercício da Magistratura com uma função de magistério¹¹³. (GALANTE, 2010, p. 42).

Desse modo, o provimento dos cargos e empregos públicos deve se dar por meio de concurso público, que objetiva selecionar pessoal apto a melhor desempenhar as atribuições e atender o interesse público, oportunizando igualdade de condições e sem distinções, estabelecendo-se regras que restringem a monopolização de cargos. Portanto, a proibição de acumulação de cargos propicia uma maior participação da sociedade.

2.5 Condições para a aquisição da estabilidade

Alcançar a aprovação em um concurso público não é suficiente para garantir-se numa atividade pública. É, sim, a primeira etapa que se seguirá da nomeação, posse, entrada em exercício, além da submissão a um período de avaliação nas funções do cargo, do qual decorrerá a estabilização no serviço público, se obtida a aprovação ou a exoneração por inabilitação.

A estabilidade “é a garantia constitucional de permanência no serviço público outorgada ao servidor que, nomeado para cargo de provimento efetivo, em virtude de concurso público” tenha sido submetido ao cumprimento de estágio probatório e avaliado por comissão especial a fim de verificar a aptidão para o exercício do cargo em atenção ao princípio da eficiência. (MEIRELLES, 2009, p. 449).

Observa-se que a estabilidade foi criada pela Carta de 1938 e tinha por fim “garantir o servidor público contra exonerações, de sorte a assegurar a continuidade do serviço, a propiciar um melhor exercício de suas funções e, também, a obstar aos efeitos decorrentes da mudança de governo”. (MEIRELLES, 2009, p. 449). Atualmente, a Constituição Federal prevê em seu artigo 41 que “são estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público”.

Como condição para aquisição dessa estabilidade a Constituição Federal no § 4^o¹¹⁴ do artigo 41, dispõe que é obrigatória a avaliação especial de desempenho realizada por comissão

¹¹³ O inciso I, do Parágrafo único do artigo 95 da Constituição Federal prevê que: “Parágrafo único. Aos juízes é vedado: I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; [...]”.

especialmente instituída para esta finalidade. Assim, estabilidade “é o direito de não ser desligado senão em virtude de sentença judicial¹¹⁵ transitada em julgado”, ou decorrente de processo administrativo¹¹⁶, assegurada a ampla defesa, e ainda de avaliação periódica de desempenho¹¹⁷, nos termos fixados em lei complementar. (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 295). A perda do cargo pode decorrer, ainda, da necessidade de adequação aos limites de gastos com pessoal, conforme previsto no parágrafo 4º do artigo 169 da Constituição Federal¹¹⁸.

Nessa linha, na administração pública coexistem dois tipos de servidores estáveis, quais sejam: os servidores concursados nomeados para ocupar cargo de provimento efetivo e que cumpriram o estágio probatório e os que adquiriram a estabilidade excepcional instituída pelo artigo 19¹¹⁹ dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. Desse modo, com a redação do artigo 41 da Constituição Federal, foi por terra o entendimento de alguns doutrinadores, que defendiam que o benefício poderia ser extensivo aos servidores celetistas. (DI PIETRO, 2011, p. 593-594).

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “só após três anos de exercício, período que corresponde ao estágio probatório, é que nele se efetiva e adquire a estabilidade, se avaliado favoravelmente”. (2012, p. 311). Assim, o estágio probatório “é o período dentro do qual o servidor é aferido quanto aos requisitos necessários para o desempenho do cargo, relativos ao interesse no serviço, adequação, disciplina, assiduidade e outros do mesmo gênero” (CARVALHO FILHO, 2013, p. 673), além de representar um pressuposto para aquisição da estabilidade.

Já, Hely Lopes Meirelles entende que para a aquisição da estabilidade são necessários os seguintes requisitos: nomeação para cargo de provimento efetivo; que a nomeação decorra de concurso público; cumprimento de estágio probatório de três anos; e obrigatoriedade de avaliação por comissão especialmente instituída para essa finalidade. Refere, ainda, que não

¹¹⁴ A Constituição Federal em seu artigo 41, § 4º, assim dispõe: “Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

¹¹⁵ O inciso I, do § 1º do artigo 41 da Constituição Federal prevê que: “O servidor público estável só perderá o cargo: I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado”.

¹¹⁶ O inciso II, do § 1º, do artigo 41 da Constituição Federal prevê: “mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa”.

¹¹⁷ O inciso III, do § 1º, do artigo 41 da Constituição Federal prevê: “mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa”.

¹¹⁸ O Parágrafo 4º do artigo 169 da Constituição foi regulamentado pela Lei Federal n. 9.801/1999, que: “Dispõe sobre as normas gerais para perda de cargo público por excesso de despesa e dá outras providências”.

¹¹⁹ Artigo 19 dos Atos das Disposições Transitórias: “Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no Art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público”.

há de se confundir efetividade com estabilidade, pois “aquela é uma característica da nomeação e esta é um atributo pessoal do ocupante do cargo, adquirido após a satisfação de certas condições de seu exercício. A efetividade é um pressuposto necessário da estabilidade.” (2009, p. 450).

Há de se mencionar a existência de posicionamento diverso, no que concerne ao tempo necessário para cumprir o estágio probatório. Para Marçal Justen Filho, referindo-se ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a estabilidade é adquirida em três anos, mas o prazo do estágio será de dois anos, isso porque a previsão de três anos contida na Medida Provisória n. 431¹²⁰, não foi mantida quando da conversão desta na Lei n. 11.784/2008¹²¹. (2011, p. 890).

Logo, o tempo necessário ao estágio probatório é só aquele prestado após a nomeação para o cargo de provimento efetivo, na mesma administração e mesmo que não tenha havido a competente avaliação por comissão especial, transcorrido o prazo dos três anos ele adquire a estabilidade, se preenchidos os demais requisitos. Ressalta-se que o servidor não pode ser prejudicado pela inércia da administração pública, devendo ser apurada a responsabilidade de quem deveria ter instituído ou avaliado e não o fez. (MEIRELLES, 2009, p. 451).

No entanto, em decorrência de “afastamentos pessoais do serviço, como, *exempli grati*, licenças médicas ou licença gestante”, e cedência do servidor para outro órgão, haverá a suspensão do prazo de cumprimento do estágio probatório, uma vez que o servidor não estaria exercendo efetivamente as funções nas quais necessita ser avaliado. Desta forma o período de estágio probatório pode ir além dos três anos inicialmente previstos, acrescentando o período de afastamento ao necessário para completar o lapso trienal de avaliação. (CARVALHO FILHO, 2013, p. 674).

Na visão de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, durante o período confirmatório, o servidor poderá ser exonerado, mediante motivação e baseado nas “conclusões da comissão que concluir por sua incapacidade¹²², insuficiência¹²³ de desempenho ou inadaptabilidade¹²⁴

¹²⁰ Dispõe sobre a reestruturação do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo - PGPE, [...] institui sistemática para avaliação de desempenho dos servidores da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências.

¹²¹ A Lei n. 11.784, de 22 de setembro de 2008, dispõe sobre a reestruturação do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo.

¹²² POLICIAL MILITAR - EXONERAÇÃO EM PERÍODO DE ESTÁGIO PROBATÓRIO POR INCAPACIDADE DE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE. Servidor público militar, em período de estágio probatório, sofre acidente de trânsito, impossibilitando-o de freqüentar o curso de formação técnico-profissional - Exonerado em razão de incapacidade ao exercício de suas funções. Administração vincula-se à existência dos pressupostos de fato e direito. Ausência justificada. Possibilidade de freqüentar nova turma do curso de formação - princípio da razoabilidade. Determinação de reintegração com pagamento de diferenças e reflexos. Sentença de procedência mantida. Recursos desprovidos. (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, 2011).

para o serviço público”. (2009, p. 343). Mesmo nesta situação para o desligamento do servidor é exigido prévio procedimento no qual lhe seja assegurada ampla defesa. (ARAGÃO, 2013, p. 558).

Como observado, para a obtenção da estabilidade no serviço público, exige-se o cumprimento de requisitos que vão desde a seleção em concurso público, passando ao provimento de um cargo de natureza efetiva, com a consequente submissão a um período de adaptação às funções do cargo, denominado de estágio probatório, no qual será aferida a capacidade e aptidões e, se aprovado, alçado a condição de estável.

2.6 Formas de extinção do vínculo

O servidor público efetivo que tendo cumprido os requisitos previstos em lei alcançou a condição de estável, não está livre de ser destituído do serviço público. Isto se deve ao fato de que a estabilidade não é absoluta, como se evidencia a seguir.

O servidor detentor de estabilidade “não pode ser exonerado *“ad nutum”*, nem demitido sem se apurar a infração em processo¹²⁵ administrativo ou judicial, que sirva de base à aplicação da pena demissória”. (MEIRELLES, 2009, p. 454). Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro denomina-se vacância o “ato administrativo pelo qual o servidor é destituído do cargo, emprego ou função”, que se dá em decorrência de exoneração, demissão, aposentadoria, promoção, falecimento, readaptação e posse em outro cargo inacumulável. (2011, p. 607).

Embora ambos sejam “atos administrativos que implicam o desligamento do servidor do serviço público” (SILVA, 2012, p. 701), quando se faz referência à demissão e exoneração, deve-se compreender que são designações distintas, pois, demissão resulta de uma penalidade devido ao cometimento de uma falta funcional, podendo decorrer de sentença

¹²³ MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDORA PÚBLICA - AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO - ASSIDUIDADE - INSUFICIÊNCIA - ESTÁGIO PROBATÓRIO - EXONERAÇÃO - NULIDADE DO ATO - PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE - INOBSERVÂNCIA - CONCESSÃO DA SEGURANÇA. - Deve ser anulado o ato que exonerou a Impetrante, em estágio probatório, sob a alegação de insuficiência no quesito frequência da Avaliação Especial de Desempenho, eis que não observado o princípio da razoabilidade. (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, 2007).

¹²⁴ Apelação mandado de segurança - declaração de nulidade do ato de exoneração possibilidade - faltas médicas licença saúde por nove anos reconhecimento da inadaptação do autor ao cargo exoneração durante o estágio probatório possibilidade sentença confirmada. Recurso improvido. (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, 2012).

¹²⁵ A Súmula n. 21 do Supremo Tribunal Federal dispõe que: “Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade”.

judicial transitada em julgado ou em virtude de decisão final em processo administrativo, observado o direito da ampla defesa. (MEIRELLES, 2009, p. 455).

Já, a exoneração é a dispensa decorrente de pedido ou por motivo previsto em lei, podendo se dar a pedido do próprio servidor; por iniciativa da administração quando verificada, por avaliação, a insuficiência de desempenho do servidor; e para adequação aos limites da despesa com pessoal¹²⁶. (MEIRELLES, 2009, p. 455). Acrescente-se a este rol a hipótese de haver exoneração quando o servidor nomeado, “tendo tomado posse, não entra em exercício no prazo legal”. (CARVALHO FILHO, 2013, p. 677).

Em sentido adverso Mauro Sérgio dos Santos, interpreta os dispositivos constitucionais que tratam do instituto da estabilidade e sustenta que o servidor público estável somente perderá o cargo: em virtude de sentença judicial transitada em julgado; mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa; e por excesso¹²⁷ de despesa com pessoal. (2012, p. 289).

Para dar efetividade a perda do cargo por necessidade de adequação aos limites máximos de despesa com pessoal, a União editou a Lei n. 9.801/99¹²⁸, prevendo que a exoneração “será precedida de ato normativo motivado dos Chefes de cada um dos Poderes da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal”. Além disso, por meio da Lei Complementar n. 101/2000¹²⁹, criaram-se mecanismos de controle voltados à responsabilidade da gestão fiscal, havendo a necessidade de observância dos limites de gastos com pessoal em todos os poderes¹³⁰.

¹²⁶ Artigo 169, § 4º da Constituição Federal: “Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.”

¹²⁷ A Constituição Federal no artigo 169, prevê que: “§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal”.

¹²⁸ A Lei Federal n. 9.801/99, “dispõe sobre as normas gerais para perda de cargo público por excesso de despesa e dá outras providências”.

¹²⁹ A Lei Complementar n. 101/2000, “estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências”.

¹³⁰ A Lei Complementar n. 101/2000, em seu artigo 23, prevê: “Se a despesa total com pessoal, do Poder ou órgão referido no art. 20, ultrapassar os limites definidos no mesmo artigo, sem prejuízo das medidas previstas no art. 22, o percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro, adotando-se, entre outras, as providências previstas nos §§ 3º e 4º, do art. 169 da Constituição”.

Caso o ato de demissão do servidor venha a ser anulado por sentença judicial, o mesmo tem a garantia constitucional¹³¹ de ser reintegrado ao serviço público, e seu efeito *ex tunc* impõe à fazenda pública o dever de indenizar e ressarcir “todas as importâncias que deveriam ter sido pagas desde a demissão anulada e, finalmente, a reposição dos demais direitos estatutários que teriam sido hipoteticamente deferidos ao servidor durante o período”. Desta reintegração, decorrerá ainda a exoneração do eventual ocupante da vaga ou sua recondução, se estável, ao cargo de origem, sem direito a indenização, ou aproveitado em outro cargo ou, ainda, posto em disponibilidade. (MOREIRA NETO, 2009, 345).

Desta forma, o servidor não tem direito a propriedade da vaga que ocupa, pois o cargo é inapropriável, subsistindo apenas direitos relativos ao exercício das prerrogativas da função e a competente contraprestação com o pagamento dos vencimentos e demais vantagens decorrentes da investidura. Assim, a administração pública, independentemente da concordância do servidor, poderá efetuar a supressão, transformação e alteração de cargos públicos¹³², pois o servidor “não tem direito adquirido à imutabilidade de suas atribuições, nem a continuidade de suas funções originárias”. (MEIRELLES, 2012, p. 477).

A promoção¹³³ é uma terceira hipótese de vacância do cargo público, embora seja, também, considerada uma forma de provimento, conforme previsto na Lei Federal 8.112/90¹³⁴. A promoção, quando os cargos são organizados em carreira, acarreta a vacância do cargo, uma vez que o servidor é elevado a “um cargo de hierarquia superior na carreira, relativamente àquele que ele detinha”, podendo ser feita por merecimento¹³⁵ ou por tempo de

¹³¹ Artigo 41, § 2º da Constituição Federal: “Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.”

¹³² Explica Hely Lopes Meirelles que essas alterações podem ser feitas mediante lei, pois o servidor público não tem direito adquirido à imutabilidade de suas atribuições, tão pouco a continuidade do exercício das funções originárias no mesmo lugar e nas mesmas condições, salvo para os servidores vitalícios, por constituírem um exceção constitucional à regra estatutária.

¹³³ A Lei Federal 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores federais, prevê em seu artigo 33, inciso III, que a promoção é uma das formas de vacância de cargo público.

¹³⁴ O artigo 8º, da Lei Federal 8.112/90, em seu inciso II, prevê a promoção como uma das formas de provimento de cargo público.

¹³⁵ RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. TÉCNICO-CIENTÍFICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **PROMOÇÃO POR MERECIMENTO**. PERIODICIDADE ANUAL. LEI ESTADUAL 8.186/86 E DECRETO ESTADUAL Nº 30.476/81. RECONHECIMENTO DO DIREITO À PROMOÇÃO COM EFEITOS RETROATIVOS. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 269 E 271/STF NO QUE TOCA AOS EFEITOS PATRIMONIAIS. PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. 1. Os servidores Técnico-Científicos do Estado do Rio Grande do Sul que tiverem reconhecido seu direito à promoção por merecimento têm direito à observância da periodicidade anual prevista na legislação específica, bem como à fixação do termo inicial da promoção em 1º de julho (arts. 7º da Lei Estadual nº 8.186/86 e 42, § 1º, do Decreto Estadual nº 30.476/81). 2. Ante a demora da Administração de quase nove anos em reconhecer o direito da impetrante à promoção por merecimento, deve-se reconhecer o seu direito à promoção com efeitos retroativos a contar de 1º de julho de 1996, data em que deveria ocorrer. 3. Recurso ordinário provido em parte, para reconhecer todos os efeitos retroativos do ato de promoção da impetrante a partir de 1º de julho de 1996, ressalvados os efeitos financeiros, que devem ser buscados nas vias ordinárias. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2009). (grifo do autor).

serviço (JUSTEN FILHO, 2011, p. 884). Desta forma, ao ser promovido, o cargo primitivo fica vago possibilitando com isso a sua ocupação por um novo titular.

Há, no entanto, outra forma de promoção distinta da prevista no estatuto federal, a qual é adotada por grande parcela dos entes públicos¹³⁶, porquanto não se verifica a vacância e nem se constitui forma de provimento de cargo. Nesta modalidade ocorre tão somente a passagem do servidor de um grau para outro, mas dentro do mesmo cargo, por isso é designada de promoção horizontal. (DI PIETRO, 2011, p. 604-605).

Assim, a Constituição Federal no § 2º do artigo 39¹³⁷, prevê como requisito para promoção a participação dos servidores em cursos de formação e aperfeiçoamento, para tanto a União, Estados e o Distrito Federal deverão manter escolas de governo ou firmar convênio entre si, visando atender o referido preceito (DI PIETRO, 2011, p.605). Na prática, poucos são os entes que criaram suas escolas de governo, tornando de certa forma inóqua e contraditória a exigência de participação em cursos de formação e aperfeiçoamento, para promoção, uma vez que estes não são disponibilizados.

A quarta forma de vacância do cargo é a readaptação, que conforme prevê a Lei Federal n. 8.112/90¹³⁸, “é a investidura do servidor em cargo de atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental verificada em inspeção médica. (DI PIETRO, 2011, p.607). Desta forma, ocorre uma espécie de transferência¹³⁹ do servidor para outro cargo, assim, vagando aquele que vinha sendo por ele ocupado.

Marçal Justen Filho sustenta que a readaptação é uma hipótese excepcional de provimento, a qual está condicionada a três circunstâncias. A primeira delas se refere a ocorrência de alterações nas “condições pessoais físicas ou mentais do servidor, em virtude de um evento superveniente natural ou não”. A segunda circunstância é em relação a incompatibilidade das novas condições do servidor às atribuições do cargo que vinha

¹³⁶ O artigo 87, da Lei n. 10.261/1968, que dispõe sobre o estatuto dos funcionários públicos civis de São Paulo, prevê que a “promoção é a passagem do funcionário de um grau a outro da mesma classe e se processará obedecidos, alternadamente, os critérios de merecimento e de antigüidade na fôrma que dispuser o regulamento”.

¹³⁷ A Constituição Federal no artigo 39, § 2º prevê que: “A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados”.

¹³⁸ A referida lei dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

¹³⁹ Explica Celso Antônio Bandeira de Mello que se trata de uma espécie de transferência do servidor para um cargo mais adequado às limitações supervenientes, sejam elas físicas ou mentais, verificadas em inspeção médica. (2012, p. 316).

ocupando. Já a terceira, se refere à compatibilidade das condições do servidor com as atribuições a serem executadas no novo cargo. (2011, p. 884).

Assim, embora apareça como hipótese de provimento, a readaptação também é forma de vacância do cargo, pois, o servidor readaptado deixa o cargo que ocupava, passando a executar novas atribuições, sendo, no entanto, remunerado¹⁴⁰ com base nos valores do cargo anterior.

A quinta forma de extinção do vínculo é pela aposentadoria¹⁴¹, que se constitui num ato administrativo unilateral¹⁴², cujo os efeitos jurídicos são de natureza declaratória e constitutiva¹⁴³, podendo ela se dar sob três espécies: por invalidez permanente¹⁴⁴; compulsória¹⁴⁵; e voluntária¹⁴⁶. (JUSTEN FILHO, 2011, p. 933-935).

Na aposentadoria voluntária, mesmo que preenchidos os pressupostos para aquisição do benefício, não se exige o afastamento do servidor para a inatividade, podendo manter-se atuando normalmente, sendo devido, inclusive, um abono permanência¹⁴⁷ correspondente ao valor da contribuição previdenciária que vinha sendo descontando. Esta situação acarreta uma elevação remuneratória, se estendendo até que o servidor desejar, tendo como limite a idade para aposentadoria compulsória. (CARVALHO FILHO, 2013, p. 703).

¹⁴⁰ APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. OPERADOR DE MÁQUINAS. READAPTAÇÃO. CARGO DE MOTORISTA. VENCIMENTOS DO NOVO CARGO QUE DEVEM CORRESPONDER AOS DO CARGO DE NOMEAÇÃO. PARCELA AUTÔNOMA. DESCABIMENTO. VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IMPOSSIBILIDADE. O servidor readaptado em cargo de padrão inferior deverá perceber vencimento correspondente ao cargo que ocupava, nos termos do art. 23, § 2º, da Lei Municipal nº 1.738/2000. Inadmissível o pagamento da parcela autônoma ao servidor do Município de Guarani das Missões, por falta de previsão legal. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2012).

¹⁴¹ Segundo José dos Santos Carvalho Filho, aposentadoria pode ser conceituada como: “direito, garantido pela Constituição, ao servidor público, de perceber determinada remuneração na inatividade diante da ocorrência de certos fatos jurídicos previamente estabelecidos”. Refere ainda que por ser um fato jurídico-administrativo necessita ser formalizada por autoridade competente, através de um ato administrativo, o qual sujeita-se a apreciação do Tribunal de Contas, para verificação da sua legalidade. (2013, p. 698).

¹⁴² Mesmo no caso de aposentadoria voluntária, onde o requerimento do servidor é um pressuposto desta, o ato não se caracteriza pela bilateralidade, existindo sim dois atos autônomos unilaterais, praticados pelo Estado e pelo servidor interessado.

¹⁴³ Explica Marçal Justen Filho, que a natureza declaratória “consiste no reconhecimento formal do preenchimento dos requisitos necessários à produção da aposentadoria” e a “atribuição do regime da inatividade remunerada” é o que expressa seu caráter constitutivo.

¹⁴⁴ A Constituição Federal, no artigo 40, § 1º, inciso I, prevê a aposentadoria “por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei”.

¹⁴⁵ Esta modalidade está prevista na Constituição Federal, no artigo 40, § 1º: “Inciso II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

¹⁴⁶ Constante no inciso III, do § 1º do artigo 40 da Constituição Federal, prevê que o servidor será aposentado “voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição”.

¹⁴⁷ A Constituição Federal no artigo 40, § 19, dispõe que: “O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, a, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II”.

Já a aposentadoria por invalidez “decorre da impossibilidade física ou psíquica do servidor, de caráter permanente, para exercer as funções” do cargo, independentemente da vontade a sua inatividade. Em se tratando de caso comum de invalidez, considerada a natureza do fato gerador, os proventos da inatividade serão proporcionais ao tempo de contribuição. No entanto, os proventos serão integrais, se decorrer de acidente em serviço no exercício das funções do cargo, de moléstia profissional ou de doença grave, contagiosa ou incurável, nos termos da lei¹⁴⁸. (CARVALHO FILHO, 2013, p. 703-704).

A terceira espécie de aposentadoria é a compulsória¹⁴⁹, que ocorre quando o servidor, independentemente do sexo, atinge os 70 anos de idade, mesmo que esteja em condições de permanecer exercendo suas atividades. A previsão constitucional confere um caráter *iuris et de iure* quanto ao limite de idade, não comportando prova em contrário quanto às condições para manter-se no exercício das funções, não tendo o servidor opção de escolha se não a aposentadoria. (CARVALHO FILHO, 2013, p. 704).

No entanto, pode ocorrer a reversão, cassação e anulação da aposentadoria. Com a reversão¹⁵⁰ ocorre o retorno do servidor ao serviço público, tendo em vista que não persistem os motivos ensejadores da concessão da aposentadoria por invalidez. Já a cassação¹⁵¹, nada mais é do que uma punição assemelhada com a demissão, fazendo com que o servidor seja excluído do rol dos inativos, suspendendo-se os pagamentos dos proventos, garantido o

¹⁴⁸ O artigo 40, § 1º, inciso I, da Constituição Federal, dispõe que: “por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei”.

¹⁴⁹ O artigo 40, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, dispõe que: “compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição”.

¹⁵⁰ REVERSÃO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PERÍCIA. MELHORA DO QUADRO CLÍNICO. RESTABELECIMENTO DA FUNCIONALIDADE. RETORNO ÀS ATIVIDADES. RESTRIÇÕES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. I - O EXAME REALIZADO NA VIA ADMINISTRATIVA NEM SEQUER AVALIA A SUBSISTÊNCIA DAS PATOLOGIAS QUE LEVARAM À APOSENTADORIA POR INVALIDEZ, LIMITANDO-SE A CONSIDERAR A AUTORA INCAPACITADA PARA O TRABALHO, DE FORMA SUMÁRIA, EM RAZÃO DE RESTRIÇÃO NO MEMBRO INFERIOR. II - NA PERÍCIA JUDICIAL, DIFERENTEMENTE, APUROU-SE QUE HOVE MELHORA DO QUADRO CLÍNICO, COM RESTABELECIMENTO DA FUNCIONALIDADE DO SEGUIMENTO AFETADO, E A AUTORA FOI CONSIDERADA APTA PARA RETORNAR ÀS SUAS FUNÇÕES HABITUAIS COM RESTRIÇÕES A ATIVIDADES QUE DEMANDEM ESFORÇOS DOS MEMBROS INFERIORES DE FORMA PREDOMINANTE. CABÍVEL, NESSE CONTEXTO, A REVERSÃO, POIS CONFIGURADA A HIPÓTESE DESCRITA NO ART. 25 DA LEI 8.112/90. III - VENCIDA A FAZENDA PÚBLICA, OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SERÃO ARBITRADOS NOS TERMOS DO § 4º, OBSERVADAS AS ALÍNEAS A, B E C DO § 3º, TODOS DO ART. 20 DO CPC. IV - APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL DESPROVIDAS. (DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça, 2012). (grifo do autor).

¹⁵¹ RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ATO DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. **CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA**. PROCESSO ADMINISTRATIVO. INSTAURAÇÃO A PARTIR DO RESULTADO DE SINDICÂNCIA QUE APUROU FATOS NARRADOS EM DENÚNCIA ANÔNIMA. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO ART. 134 DA LEI N. 8.112/1990; OFENSA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGADA NULIDADE DO PROCESSO E DA PENA APLICADA. INEXISTÊNCIA. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2012). (grifo do autor).

contraditório e a ampla defesa. Pode haver, ainda, a anulação¹⁵² da aposentadoria, a qual decorre do cometimento de alguma ilegalidade no processo de concessão do benefício, acarretando o desfazimento do ato administrativo por parte da administração pública. (MEIRELLES, 2012, 515).

A sexta forma de vacância é a prevista no inciso VIII, do artigo 33, da Lei Federal n. 8.112/90¹⁵³, qual seja, a posse em outro cargo inacumulável¹⁵⁴. Assim, não se enquadrando nas hipóteses permitidas pela Constituição¹⁵⁵, o servidor público não poderá exercer cumulativamente mais que um cargo ou função pública.

Verificando-se a “posse em outro cargo que o proíba de acumular, deverá o servidor deixar vago o cargo originário, pedindo exoneração. Este pedido deverá se dar inclusive para completa observância do disposto nos incisos XVI e XVII, do art. 37 da Constituição Federal” (DUARTE NETO, 2011, p. 58). Nas palavras de Hely Lopes Meirelles “visa a impedir que um mesmo cidadão passe a ocupar vários lugares ou exercer várias funções sem que as possa desempenhar proficientemente, embora percebendo integralmente os respectivos vencimentos”. (2011, p. 497).

O falecimento é a sétima e última hipótese de vacância de cargo público, previsto no inciso IX, do artigo 33, da Lei n. 8.112/90. Com a ocorrência do óbito do servidor público, “extingue-se a relação funcional estatutária, embora essa ruptura seja, por sua vez, um fato jurígeno de várias obrigações estatutárias derivadas, como a percepção de pensões, o auxílio de funeral e outras mais que a lei institua”. (MOREIRA NETO, 2009, p. 353-354).

¹⁵² AÇÃO ANULATÓRIA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. IRRESIGNAÇÃO CONTRA ATO DE ANULAÇÃO DE APOSENTADORIA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO ENTRE A PREFEITURA MUNICIPAL, O ESTADO DE SANTA CATARINA E O INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS (ISSEM). ANULAÇÃO DO PROCESSO A PARTIR DA SENTENÇA PARA DAR CUMPRIMENTO AO ART. 47, § ÚNICO DO CPC. RECURSO PROVIDO PARA ACOLHER A PRELIMINAR DE LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. "O ato de aposentadoria configura ato administrativo complexo, aperfeiçoando-se somente com o registro perante o Tribunal de Contas" (MS n. 25.113-1, Min. Eros Grau). O Estado de Santa Catarina é parte legítima para figurar no pólo passivo de demanda em que se pleiteia a anulação de ato de cassação de aposentadoria praticado por Prefeito Municipal em cumprimento à determinação do Tribunal de Contas. Não tendo sido determinada ao autor que promovesse a citação do litisconsorte passivo necessário, no caso, o Estado de Santa Catarina que, por intermédio do Tribunal de Contas anulou o ato aposentatório do servidor, deve o processo ser anulado a partir da sentença para que os autos retornem à instância a quo e se dê cumprimento à exigência contida no art. 47, parágrafo único do CPC. (SANTA CATARINA, Tribunal De Justiça, 2011). (grifo do autor).

¹⁵³ A Lei em comento dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

¹⁵⁴ Vide item 2.4 desse estudo.

¹⁵⁵ As hipóteses admitidas de acumulação de cargo público estão previstas no inciso XVI do artigo 37 da Constituição Federal, assim dispondo: “é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: a) a de dois cargos de professor; b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; c) a de dois cargos privativos de médico; c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas”.

As hipóteses de vacância, para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, são a consequência do desprovidimento¹⁵⁶ do cargo, emprego ou função. Costumeiramente, os estatutos reconhecem a exoneração, a demissão, a aposentadoria e o falecimento, como tipos autônomos de desprovidimento¹⁵⁷, com a ruptura do vínculo funcional estatutário. Afora a hipótese de desprovidimento em razão de posse noutro cargo inacumulável, a promoção e a readaptação são consideradas tipos de desprovidimento vinculados a um novo provimento. (2009, p. 352).

Assim, observa-se que a estabilidade no serviço público não é absoluta, podendo ser rompido o vínculo pela vontade do servidor público, em decorrência de fatos naturais do ciclo de vida do ser humano ou pela atuação da administração pública frente aos comandos legais, na busca de eficiência e satisfação do interesse público.

O servidor público é o agente físico pelo qual a administração pública mantém ativos os serviços essenciais à sociedade. Estes servidores, em regra, são regidos pelo regime estatutário, em que obedecidas as regras constitucionais. Ainda, estabelece o rol de direitos e obrigações dos servidores, sendo que o ingresso no serviço público depende de prévia submissão e aprovação em concurso público, cujo o provimento sujeita-se as hipóteses de vedação de acumulação de cargos públicos, previstos na Constituição. Também, deve cumprir um período de adaptação e avaliação designado de estágio probatório, com vistas a confirmação no cargo e obtenção da estabilidade, a qual somente se extinguirá mediante processo administrativo ou judicial, garantido o contraditório e a ampla defesa.

Desta forma, na administração pública, existem institutos próprios aplicáveis aos servidores, previstos nos respectivos estatutos, dentre os quais se destaca o da recondução, que por sua importância será melhor estudado a seguir, buscando evidenciar sua aplicabilidade e os pontos que tem gerado maior polêmica, seja no meio administrativo ou na jurisprudência pátria.

¹⁵⁶ Explica o autor que o desprovidimento “é a exclusão do serviço público, tendo por objeto a destituição do servidor de cargo, emprego ou função.

¹⁵⁷ O autor explica que não “há que se confundir desprovidimento com afastamento, pois enquanto o primeiro diz respeito à perda ou cessação da função pública, perdendo, o segundo diz respeito à suspensão do exercício da função pública, em casos especiais, como no contemplado no art. 38, I, da Constituição (mandato eletivo), o exercício de cargos em comissão de outras esferas administrativas, o serviço militar, a licença e em casos outros estritamente instituídos”. (2009, 352).

3 O INSTITUTO DA RECONDUÇÃO: SUA APLICAÇÃO E INTERPRETAÇÃO

O instituto da recondução encontra-se previsto no ordenamento pátrio na Constituição Federal e nas legislações da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Sua interpretação jurisprudencial e doutrinária frente aos princípios constitucionais revela que não existe unanimidade sobre sua aplicação, fazendo com que surjam importantes discussões, especialmente, no âmbito do Poder Judiciário.

Assim, imperioso destacar os pontos controversos relacionados ao instituto, observando se as normas ampliaram as hipóteses de recondução além da constitucionalmente prevista; se a exoneração, por ser requisito para assunção a outro cargo público, devido a vedação constitucional de acumulação de cargos, põe ou não fim a relação jurídico-administrativa provocando a quebra da estabilidade; e se é possível a recondução na hipótese de desistência do estágio probatório e entre cargos de diferentes esferas da administração pública.

3.1 A recondução e as hipóteses legais previstas no ordenamento jurídico brasileiro

Dentre os diversos institutos que coexistem no direito administrativo, está o da recondução, que pode assumir ora forma de provimento, ora de vacância de cargo público, merecendo assim maior atenção devido à grande mobilidade de servidores na administração pública, decorrente da busca de uma vaga no mercado de trabalho, ascensão profissional, melhor remuneração e estabilidade.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a recondução é uma das formas de provimento em cargo público efetivo, regido pelo regime estatutário, sendo ainda enquadrado como de provimento derivado, o qual sempre recai “sobre indivíduos já pertencentes aos quadros do serviço público da mesma entidade ou que deles vieram a ser afastados”. (2009, p. 346).

Em decorrência de previsão constitucional insculpida no artigo 37, inciso II¹⁵⁸, é vedada qualquer espécie de investidura¹⁵⁹ na carreira pública diversa daquela originada do concurso público, ressalvada “que a única reinvestidura permitida sem concurso é a reintegração decorrente da ilegalidade do ato de demissão”. (MEIRELLES, 2009, p. 428).

A Constituição Federal faz menção a uma única possibilidade de aplicação do instituto da recondução, assim dispondo no artigo 41, § 2º: “Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço”.

Não obstante esta previsão constitucional, os demais entes da Federação, em decorrência do poder de auto-organização, alargaram as previsões de aplicação do instituto. A União, por exemplo, através da Lei n. 8.112/90, que dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações públicas federais, assim normatizou o instituto no artigo 29 que dispõe: “Recondução é o retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado e decorrerá de: I – inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo; II – reintegração do anterior ocupante”.

A possibilidade admitida no artigo 29, da Lei n. 8.112/90 é uma espécie de provimento derivado “que consiste no retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado em decorrência de inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo”, ou devido à reintegração do anterior ocupante. (SANTOS, 2012, p. 319-320).

Visando evitar confusão entre os institutos da reintegração e da recondução, Hely Lopes Meirelles faz as seguintes distinções: na reintegração “reconhece-se que a pena de demissão foi ilegal e, em razão desse reconhecimento, restauram-se todos os direitos do demitido, com seu retorno ao cargo e pagamento das indenizações devidas”; no que se refere à recondução é o retorno do servidor estável ao cargo anterior, decorrente da “inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo ou reintegração do anterior ocupante”. (2009, p. 473).

Diferentemente da União, o Estado do Rio Grande do Sul, através da Lei Complementar Estadual n. 10.098/94 que instituiu o regime jurídico de seus servidores,

¹⁵⁸ Dispõe o inciso II, que: “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

¹⁵⁹ Súmula n. 685 do Supremo Tribunal Federal: “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.”

previu a recondução tanto como forma de provimento de cargo, quanto de vacância, mas no tocante às hipóteses de ocorrência do instituto as semelhanças se mantêm, conforme se denota nos seguintes dispositivos da norma:

Art. 10 - São formas de provimento de cargo público: I - nomeação; II - readaptação; III - reintegração; IV - reversão; V - aproveitamento; VI - recondução.

Art. 55 - A vacância do cargo decorrerá de: I - exoneração; II - demissão; III - readaptação; IV - aposentadoria; V - recondução; VI - falecimento.

Art. 54 - Recondução é o retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado e decorrerá de: I - obtenção de resultado insatisfatório em estágio probatório relativo a outro cargo; II - reintegração do anterior ocupante do cargo.

Destaca-se que “o estatuto dos servidores federais e demais normas complementares e regulamentares” não são aplicáveis aos servidores estaduais, tendo em vista a autonomia dos estados para organizar os próprios serviços e servidores. (MEIRELLES. 2012, p. 480). No entanto, o Supremo Tribunal Federal¹⁶⁰ tem entendido possível que os demais entes expressamente optem por adotar a legislação federal até que seja criada legislação própria que discipline a matéria.

Da mesma forma, constata-se que, de um modo geral, com ínfimas variações, idêntica previsão vem insculpida nos estatutos que regem a relação dos servidores públicos municipais, em que os municípios utilizando-se da sua autonomia regulam as questões funcionais através de estatutos próprios, porém seguindo a mesma orientação da Lei n. 8.112/90. Como exemplo, cita-se a Lei Municipal n. 152/90¹⁶¹, do município de Guabiju/RS, que dispõe:

¹⁶⁰ Decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal admitindo a possibilidade do Distrito Federal adotar a legislação federal para seus servidores. Preceitua a ementa “EMENTAS: 1. RECURSO. Embargos de declaração. Caráter infringente. Embargos recebidos como agravo. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões consistentes, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. RECURSO. Extraordinário. Admissibilidade. Medida Provisória nº 560/94. Reedição. Constitucionalidade. Observância do princípio da anterioridade nonagesimal. Precedentes. Agravo regimental não provido. Não perde eficácia a Medida Provisória com força de lei, quando reeditada pelo Congresso Nacional, dentro do prazo de sua vigência, por outra do mesmo gênero. 3. RECURSO. Extraordinário. **Regime Jurídico dos Servidores Distritais. Adoção da legislação federal. Aplicação no âmbito do Distrito Federal. Possibilidade.** Agravo regimental não provido. O ente federado optou pela adoção da legislação federal quanto a seus servidores, até a edição de lei própria e específica que discipline a matéria. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2009). (grifo do autor).

¹⁶¹ A Lei Municipal nº 152, de 28 de dezembro de 1990, dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos do Município de Guabiju, Rio Grande do Sul.

Artigo 23 – Recondução é o retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado. § 1º - A recondução decorrerá de: Falta de capacidade e eficiência no exercício de outro cargo de provimento efetivo; Reintegração do anterior ocupante. (GUABIJU, Lei n. 152/1990).

Explica Marçal Justen Filho, que embora muitos estados e municípios tenham seguido o modelo federal de estatuto, não significa que estes entes não possam “adotar soluções distintas para certos temas”. (2011, p. 846).

Em decorrência da autonomia constitucional, a organização do serviço público e a instituição dos respectivos regimes são matérias de competência exclusiva de cada ente, assim as normas estatutárias federais, de regra, não são aplicáveis¹⁶² aos servidores municipais ou estaduais, da mesma forma a situação inversa. Assim, atendidos os princípios constitucionais e observadas as demais leis de caráter complementar, cada ente instituirá seu próprio regime jurídico, de acordo com suas forças e conveniências administrativas. (MEIRELLES, 2009, p. 430-431).

Como se observa, o instituto da recondução está previsto na grande maioria dos estatutos que regem as relações dos servidores públicos de todas as esferas da administração pública, seja municipal, estadual, distrital ou federal. No entanto, como demonstrado, desfrutando do poder decorrente de sua autonomia, estes entes ampliaram de alguma forma o leque de possibilidades de aplicação do instituto, além do previsto na Constituição.

Embora possuam autonomia, para regular a matéria concernente aos seus respectivos serviços e servidores, em relação a estes últimos a União, o Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Guabiju, possuem legislação com idêntico teor, ficando evidente que o estatuto federal serviu de parâmetro para os demais entes.

3.2 Aplicação da recondução pela jurisprudência

As legislações têm previsão de possibilidade de um servidor público estável ser reconduzido mediante o atendimento de determinados requisitos, tais como: reintegração do

¹⁶² Segundo o autor a legislação federal, além dos casos expressos na Constituição, somente atingem os servidores dos demais entes da federação, quando possuírem natureza jurídica de lei nacional. (MEIRELLES, 2012, p. 478-479).

anterior ocupante cuja demissão tenha sido invalidada; e diante da inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo público.

Entretanto, tendo em vista a forma controvertida como vem sendo interpretado o instituto da recondução pela administração pública, os servidores têm se socorrido do Poder Judiciário para resolver questões relativas a indeferimentos de pedidos de recondução. Assim, fez-se um estudo sobre o posicionamento jurisprudencial, das diversas instâncias judiciárias, quanto a admissibilidade e aplicabilidade do instituto.

Ao apreciar a matéria o Poder Judiciário, também, tem tido alguns posicionamentos divergentes, inclusive ampliando as hipóteses de cabimento do instituto, pois além da inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo e em caso de reintegração do anterior ocupante, vem admitindo, também, a recondução do servidor pela simples desistência do estágio probatório por inadaptação às funções do novo cargo; a recondução de ocupante de emprego público; pela anulação de concurso público; e pelo fato da não extinção do vínculo até a confirmação no novo cargo.

Nesse sentido, considerando a não adaptação do servidor às funções do novo cargo, o órgão especial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reunido para julgamento do Mandado de Segurança n. 70017051830¹⁶³, sob a relatoria do Desembargador José Aquino Flores de Camargo, por maioria decidiu pela concessão da segurança, a fim de reconhecer o direito à recondução de um servidor público, mesmo antes de ter sido considerado inabilitado ao término do estágio probatório, a teor da seguinte ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. RECONDUÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO ESTÁVEL. CONCESSÃO DA ORDEM. Delegado de polícia, já estável, que realizou concurso, exonerando-se do cargo para assumir o de Analista Judiciário da Justiça Federal em Santa Catarina. Servidor que, **no curso do estágio probatório, não se adaptou às novas funções, razão da sua pretensão de recondução ao cargo primitivo**, o que lhe foi indeferido. Art. 54, I, da LC 10.098/94. **Direito líquido e certo à recondução**. Precedentes do STF. **CONCESSÃO DA SEGURANÇA**. VOTOS VENCIDOS. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2007). (grifo do autor).

¹⁶³ Um servidor público estadual, estável, ocupante do cargo de Delegado de Polícia Civil, requereu exoneração deste cargo para assumir o cargo de Analista Judiciário da Justiça Federal, tendo em vista a impossibilidade de acumulação, passando a exercer suas novas funções na Subseção Judiciária de Concórdia, no Estado de Santa Catarina. Por inadaptação ao novo cargo, renunciou ao período do estágio probatório, requerendo o retorno ao cargo de Delegado ao Governador do Estado do Rio Grande do Sul. O pedido do servidor foi administrativamente indeferido, tendo motivado o presente Mandado de Segurança, sustentando o servidor violação a direito líquido e certo, forte nos artigos 54, I e 280, ambos da Lei Complementar Estadual n. 10.098/98 e em entendimento jurisprudencial pacífico. Foi concedida a liminar, determinando a imediata recondução do impetrante no cargo de Delegado. O Governador ao prestar as informações, sustentou a legalidade do ato, tendo invocado a distinção entre vacância e a exoneração, bem como asseverou que as decisões invocadas pelo impetrante são inaplicáveis ao caso, pois o servidor passou a exercer suas funções para outro ente federativo.

Embora o instituto da recondução guarde estrita relação com os cargos de natureza efetiva, já que somente estes se submetem ao estágio probatório a fim de serem os servidores confirmados no cargo e neste estabilizados, interessante decisão verificou-se no julgamento do Recurso Especial n. 817.061¹⁶⁴, realizado pelo Superior Tribunal de Justiça. Essa Corte com base no princípio da isonomia admite a possibilidade de um empregado público¹⁶⁵ da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, ser reconduzido ao cargo de Contador do Centro Federal de Educação Tecnológica de Química de Nilópolis/RJ, em face de ter sido o mesmo dispensado daquele emprego antes do fim do contrato de experiência. Assim, refere a ementa:

DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. CARGO PÚBLICO. VACÂNCIA PARA OCUPAR EMPREGO PÚBLICO INACUMULÁVEL. DEFERIMENTO ADMINISTRATIVO. EXISTÊNCIA. RECONDUÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Os ocupantes de cargo e de emprego públicos são espécies do gênero agentes públicos, tendo em comum o fato de que integram o aparelho estatal. 2. Os institutos da vacância e da recondução têm por finalidade garantir ao servidor público federal sua permanência da esfera do serviço público, sem, como isso, tolher o inalienável direito de buscar sua evolução profissional. 3. Sob pena de afronta ao princípio da isonomia, deve a regra dos arts. 29, I, e 33, VIII, da Lei 8.112/90 ser estendida às hipóteses em que o servidor público pleiteia a declaração de vacância para ocupar emprego público federal, garantindo-lhe, por conseguinte, se necessário, sua recondução ao cargo de origem. 4. Tendo os requerimentos de vacância e, posteriormente, de recondução ao cargo de origem sido deferidos pela Autarquia/recorrente, sua não-inclusão na respectiva folha de pagamento importaria em ofensa direta aos princípios da boa-fé objetiva e da moralidade pública, que devem pautar os atos da Administração. 5. Recurso especial conhecido e improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2008).

Ainda, a recondução do servidor em caso de anulação de concurso público é outra hipótese não aventada na legislação, mas que vem sendo admitida em decorrência da interpretação sistemática dos objetivos da norma. Em recente decisão proferida em grau de

¹⁶⁴ Os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negaram provimento ao recurso em questão, mantendo decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que por sua vez manteve incólume sentença que reconheceu o direito de um empregado público de ser reconduzido ao cargo primitivo de Contador junto ao Centro Federal de Educação Tecnológica de Química de Nilópolis, no Estado do Rio de Janeiro. O empregado público da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos foi dispensado antes do fim do contrato de experiência. O Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, refere em seu voto, seguido pelos demais Ministros, que a primeira vista, os institutos da vacância e da recondução somente seriam aplicáveis aos ocupantes de cargo público, mas tendo em vista que tanto os ocupantes de cargo como os de emprego, são espécies do gênero agentes públicos, sob pena de afronta do princípio da isonomia deve os institutos são aplicáveis também aos empregados públicos.

¹⁶⁵ Explica Alexandre Santos de Aragão que “empregados públicos, são aqueles cuja relação de trabalho com o Estado é regrada pelas mesmas disposições destinadas ao campo privado – o Direito Trabalhista –, com as derrogações naturais em razão da presença da administração pública em um dos polos da relação jurídica, mantendo, no entanto, a sua natureza privada e contratual”. (2013, p. 525).

apelação nos autos do Processo n. 70038938197¹⁶⁶, os Desembargadores que compõe a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reconheceram o direito a recondução de servidor público, nesta situação, conforme ementa:

APELAÇÕES CÍVEIS. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE PAIM FILHO. EXONERAÇÃO EM VIRTUDE DE ANULAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. RECONDUÇÃO. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO.

- **Possível a recondução ao cargo anteriormente ocupado por servidor exonerado em estágio probatório em virtude de anulação do concurso público.**

Precedentes dos Tribunais superiores, bem como do Tribunal Pleno desta Corte.

- A responsabilidade civil do Poder Público (art. 37, § 6º, da Constituição Federal) é objetiva e, em se tratando de ato comissivo, sua caracterização depende da existência da oficialidade da ação, da relação de causalidade material entre a conduta administrativa e o resultado danoso, do efetivo prejuízo, bem como a ausência de excludente de responsabilidade, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

- Necessidade de produção de prova cabal que demonstre o prejuízo anormal a que foi submetido o servidor para fins de configuração do dever de indenizar.

- Inexistência, na hipótese, de prova bastante do dano alegado, o que incumbia à parte autora, nos termos do art. 333, inciso I, do CPC.

DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DO MUNICÍPIO, PREJUDICADO O RECURSO DO AUTOR. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2012). (grifo do autor).

O Município sustentou a impossibilidade da recondução tendo em vista o pedido de exoneração do próprio servidor, assumindo os riscos de seu ato. A Desembargadora Matilde Chabar Maia, relatora do processo, em seu voto, destacou a peculiaridade da questão, vez que a legislação municipal¹⁶⁷ não prevê a hipótese específica de recondução do servidor em virtude de anulação de concurso público. Ao final, a decisão ocorreu por unanimidade.

A lei municipal n. 1.546/2002¹⁶⁸ do município-réu, prevê como hipótese de recondução a reprovação¹⁶⁹ no estágio probatório, assim, a relatora fundamentou que para o servidor, o prejuízo decorrente na anulação do concurso não poderia ser maior, que a própria reprovação no estágio probatório, sendo possível, portanto, a recondução ao cargo primitivo de pedreiro, inclusive por que não contribuiu para a nulidade do concurso.

¹⁶⁶ Os integrantes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mantiveram a decisão que reconheceu o direito a recondução ao cargo de pedreiro, a um servidor do Município de Paim Filho, tendo em vista a nulidade do concurso público do qual havia participado, nulidade esta declarada nos autos da Ação Civil Pública n. 1070000930-5.

¹⁶⁷ A Lei Municipal n. 1.546/2002, em seu artigo 24, Parágrafo 1º, prevê que: “A recondução decorrerá de: a) falta de capacidade e eficiência no exercício de outro cargo de provimento efetivo; e b) reintegração do anterior ocupante”.

¹⁶⁸ Esta Lei, do Município de Paim Filho, dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos municipais.

¹⁶⁹ O Parágrafo 4º, do artigo 22, da Lei Municipal n. 1.546/2002, dispõe que: “O servidor não aprovado no estágio probatório será exonerado, ou se estável, reconduzido ao cargo ocupado anteriormente, observado os dispositivos pertinentes”.

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal em suas decisões, tem dado uma maior abrangência ao leque de possibilidades de aplicação da recondução, afirmando que até que o servidor público não seja confirmado no novo cargo, não estará extinta a relação anterior, sendo assim possível o retorno ao cargo primitivo. Essa posição é vislumbrada na manifestação da Corte no julgamento do Mandado de Segurança nº 22.933-DF¹⁷⁰, a seguir:

Estágio probatório. Funcionário estável da Imprensa Nacional admitido, por concurso público, ao cargo de Agente de Polícia do Distrito Federal. Natureza, inerente ao estágio, de complemento do processo seletivo, sendo, igualmente, sua finalidade a de aferir a adaptabilidade do servidor ao desempenho de suas novas funções. Consequente possibilidade, durante o seu curso, de desistência do estágio, com retorno ao cargo de origem (art. 20, § 2º, da Lei nº 8.112-90). Inocorrência de ofensa ao princípio da autonomia das Unidades da Federação, por ser mantida pela União a Polícia Civil do Distrito Federal (Constituição, art. 21, XIV). Mandado de segurança deferido. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1998).

Logo, a relação jurídico-administrativa do servidor para com o Estado não se extingue com a exoneração do cargo primitivo, mas fica condicionada a ocorrência da confirmação no novo cargo, conforme reiteradas¹⁷¹ decisões da Corte Suprema. Nessa linha o Ministro Otávio Gallotti, relator no Mandado de Segurança n. 22.933-0, motivou sua decisão asseverando que a “finalidade precípua do estágio probatório” é de “servir de complemento ao processo de seleção”¹⁷², objetivando ajustar o servidor a função que lhe é adequada. Assim, segundo ele, estimular o servidor a permanecer numa função na qual reconheça ser inapto, atrapalhando o seu retorno ao “cargo em cuja experiência já havia sido ele aprovado será, certamente, subverter a finalidade para que foi o estágio probatório concebido”.

Outra hipótese ainda mais abrangente é verificada na interpretação do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 2003.04.01.046034-3/SC, conforme acórdão de lavra do Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, relator do processo e que vislumbrou a possibilidade de concessão da

¹⁷⁰ Houve decisão unânime dos Ministros do Supremo Tribunal Federal,

¹⁷¹ Mandado de Segurança n. 23.577-DF, Relator Ministro Carlos Velloso, cuja ementa segue transcrita: “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTÁVEL. ESTÁGIO PROBATÓRIO. Lei 8.112, de 1990, art. 20, § 2º. I. - Policial Rodoviário Federal, aprovado em concurso público, estável, que presta novo concurso e, aprovado, é nomeado Escrivão da Polícia Federal. Durante o estágio probatório neste último cargo, requer sua recondução ao cargo anterior. Possibilidade, na forma do disposto no art. 20, § 2º, da Lei 8.112/90. É que, enquanto não confirmado no estágio do novo cargo, não estará extinta a situação anterior. II. - Precedentes do STF.: MS 22.933-DF, Ministro O. Gallotti, Plenário, 26.6.98, "DJ" de 13.11.98. III. - Mandado de segurança deferido.(BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1998).

¹⁷² Citando estudos realizados por Lúcio Bittencourt, intitulado “Do Estágio Probatório e sua Efetiva Utilização”, separata da Revista do Serviço Público, Departamento de Imprensa Nacional, Rio, 1949.

recondução a um servidor estável, que antes de concluir o estágio probatório em um segundo cargo do qual exonerou-se, veio a assumir um terceiro cargo. Deste terceiro cargo o servidor desistiu do estágio probatório e requereu sua recondução ao segundo, no qual não havia cumprido o período total de estágio, sendo determinado que o realizasse pelo período faltante, reconhecendo o direito à recondução nos termos seguintes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ESTÁGIO PROBATÓRIO. RECONDUÇÃO. 1. A Súmula Administrativa nº 16, de 19 de junho de 2002, aplicou no âmbito da Administração Federal a diretriz firmada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a desistência do estágio probatório pelo servidor estável investido em novo cargo público não impede a sua recondução. 2. O art. 29 da Lei nº 8.112/90 define que a recondução é o retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado; como prevê no seu inciso I que tal forma de provimento derivado decorrerá de inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo, parece pressupor que este seria o imediatamente posterior, sem intercurso de nenhum outro. 3. Sucede que a distinção dos institutos jurídicos da estabilidade e do estágio probatório autoriza a conclusão de que basta que o servidor seja estável num dos cargos da mesma Administração Pública para que faça jus à recondução ao que ocupava antes de assumir no novo, independentemente de neste ter concluído ou não o estágio probatório. 4. Sempre que o servidor tomar posse e entrar em exercício em um novo cargo, será submetido ao estágio probatório, não importa quantos anos de exercício o servidor tenha prestado em outros cargos da mesma ou de outra Administração. É, pois, possível que o servidor estável seja submetido a estágio probatório, com o risco de, embora estável, ser considerado inapto para o exercício do novo cargo em que haja tomado posse (ou seja, que o servidor seja "reprovado" no estágio probatório). 5. Afigura-se razoável, portanto, inferir que o sistema da Lei nº 8.112/90 não opõe óbice a que o servidor estável em qualquer cargo da mesma Administração Pública possa ser reconduzido a um cargo imediatamente anterior no qual ainda não tinha cumprido o estágio probatório, podendo-lhe ser exigido que cumpra o período restante. (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2004).

Por outro lado, muito embora haja uma ampliação nas hipóteses de cabimento do instituto pelos Tribunais, em menor proporção existem decisões que não comungam desta interpretação. A quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por exemplo, ao julgar a Apelação Cível processo n. 1.0024.11.113952-3/002¹⁷³, desproveu o recurso e denegou a segurança preteada por um servidor público estadual, firme no princípio da legalidade insculpido no artigo 37 da Constituição Federal, por ausência de previsão legal na

¹⁷³ A Lei Estadual n. 869/1952, que dispõe sobre o estatuto dos funcionários públicos civis do Estado de Minas Gerais, teve seus artigos 51 e 52 revogados, os quais regulavam o instituto da recondução. Nesta condição pleiteava o Apelante a aplicação por analogia da Lei Federal 8.112/90, haja vista que laborou por dezessete anos no quadro da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, vindo a pedir exoneração para tomar posse no cargo de Analista do Ministério Público, do qual, insatisfeito, pretende ser reconduzido ao cargo anterior. Desta forma não foi provido o recurso, forte no princípio da legalidade.

legislação estadual, não admitindo a aplicação, por analogia, do instituto da recondução, objeto do Estatuto dos Servidores Públicos Federais, conforme ementa *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - RECONDUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - **AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL** - DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA - DESPROVIMENTO DO RECURSO. (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, 2012). (grifo do autor).

Com isso, verifica-se que o instituto da recondução está intimamente ligado ao princípio constitucional da legalidade, pois, em caso de não haver a previsão na norma reguladora do ente a que se vincula o cargo originário, não há que se falar em cabimento da recondução, porquanto os atos da administração pública estão atrelados à lei.

De igual forma foi contrária à concessão da recondução, a decisão que julgou o recurso de apelação n. 676871-6¹⁷⁴, em que os desembargadores integrantes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, negaram provimento ao recurso de um servidor que pleiteava a recondução. O servidor alegava que requereu sua exoneração do cargo de Assistente Legislativo junto à Câmara Municipal de Santa Terezinha de Itaipu, por ter sido nomeado para o cargo de Procurador no mesmo órgão.

A decisão de negativa da recondução baseou-se no fato de o servidor à época estar ciente da existência de investigação acerca de supostas irregularidades no certame que participou, bem como no fato de não ter cumprido os requisitos para ter direito, e que a Lei Municipal Complementar n. 130/2008¹⁷⁵ dispõe em seu artigo 31 que a recondução decorrerá de “inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo”, o que no entendimento dos desembargadores não ocorreu. Preceitua a ementa do acórdão:

¹⁷⁴ Por unanimidade os Desembargadores conheceram e negaram provimento ao recurso de apelação, em que um servidor pleiteava sua recondução ao cargo primitivo, fundado em norma municipal. Norma esta cuja redação segue o modelo adotado pela maioria dos entes, mas que no entendimento dos julgadores não se amoldava ao fato, contrariando o posicionamento adotado pelos Tribunais Superiores. (PARANÁ, Tribunal de Justiça, 2011).

¹⁷⁵ A Lei Complementar 130, de 24 de dezembro de 2008, dispõe sobre o Estatuto dos servidores públicos municipais de Santa Terezinha do Itaipú.

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO ADMINISTRATIVO - APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR - DECADÊNCIA - INOCORRÊNCIA - OBSERVÂNCIA DO PRAZO DE 120 (CENTO E VINTE) DIAS PREVISTO NO ARTIGO 23 DA LEI Nº 12.016/2009 - PEDIDO DE EXONERAÇÃO DO APELANTE DO CARGO DE ASSESSOR LEGISLATIVO PARA ASSUMIR A FUNÇÃO DE PROCURADOR DA CÂMARA MUNICIPAL - AUSÊNCIA DE VÍCIO E/OU DE ERRO - RECONDUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 31 DA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL Nº 130/2008 - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Não há que se falar na ocorrência de decadência em tendo o apelante impetrado mandado de segurança dentro do prazo de 120 (cento e vinte) dias, previsto no artigo 23 da Lei nº 12.016/2009. 2. Tendo o apelante pedido exoneração do cargo que ocupava anteriormente junto à Câmara Municipal de Santa Terezinha de Itaipu para assumir o cargo de procurador, ciente da existência de investigação acerca de supostas irregularidades no certame de que participou, impossível afirmar ter ocorrido erro ou vício de sua parte quando do pleito de exoneração. 3. O recorrente não pode se beneficiar do instituto da recondução se não cumpridos os requisitos previstos em lei municipal, quais sejam, se não houver inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo nem a reintegração do anterior ocupante. (PARANÁ, Tribunal de Justiça, 2011).

O relator, contrariando os posicionamentos até aqui mencionados, mesmo havendo a previsão do cabimento da recondução na hipótese de reprovação em estágio probatório, da mesma forma que está previsto na maioria das legislações, deu interpretação restritiva à norma local, ao considerar que só seria possível a recondução caso houvesse a reprovação no estágio probatório. Seguiu, também, divergindo do entendimento do Supremo Tribunal Federal, quanto ao momento da ruptura do vínculo jurídico-administrativo, ao considerar que o pedido de exoneração do servidor estável, pôs fim à relação, independentemente, da confirmação no novo cargo que assumira.

Como visto, o tema é polêmico e muito embora seu estudo não seja aprofundado pela doutrina pátria, que se limita em trazer sua definição, existem como demonstrado, inúmeras possibilidades de reconhecimento do instituto da recondução no âmbito administrativo, tendo em vista as soluções apresentadas pelo Poder Judiciário ao decidir os casos a ele submetidos. Verifica-se que essas interpretações mais abrangentes, acabam por revelar uma incerteza jurídica, acarretando controvérsias, ora em favor do servidor, ora do ente público.

3.3 Controvérsias sobre a aplicação do instituto da recondução

Não obstante a maioria das decisões dos tribunais sejam favoráveis a aplicação do instituto da recondução no serviço público, cabe trazer à lume o pensamento divergente, embora minoritário, explicitando os pontos controversos quanto a sua aplicabilidade, afora a forma prevista na Carta Magna.

3.3.1 (In) Constitucionalidade das normas infraconstitucionais sobre a matéria

O instituto da recondução é criação constitucional, aplicável a situações decorrentes da reintegração de servidores públicos efetivos, os quais pela anulação da demissão obtêm o direito de retornar aos cargos primitivos. Mas, além desta forma, os entes da federação alargaram em suas respectivas legislações as hipóteses de aplicação do instituto, o que poderia caracterizar afronta a Carta Maior e em consequência a inconstitucionalidade destas leis.

O texto constitucional no § 2º do artigo 41¹⁷⁶ previu uma única possibilidade de aplicação do instituto da recondução, qual seja, na hipótese de haver a anulação judicial da demissão, o servidor demitido é reintegrado ao cargo “e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem”, sem que a este caiba qualquer tipo de indenização, podendo ainda ser aproveitado ou posto em disponibilidade.

Embora a Constituição Federal considere, para fins de reintegração no cargo, a anulação do ato demissório por meio de sentença judicial, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro “ela pode ocorrer também quando a anulação¹⁷⁷ decorra de ato da própria Administração”. (2011, p. 596).

¹⁷⁶ Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. § 1º O servidor público estável só perderá o cargo: I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado; II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa. § 2º **Invalidez por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.** § 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo. § 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade. (grifo do autor).

¹⁷⁷ Refere que por se tratar de ato nulo, o mesmo não gera nenhum efeito jurídico, com isso a anulação retroage seus efeitos, fazendo com que o servidor tenha o direito a reintegração. (DI PIETRO, 2009, p. 596).

Como já mencionado, a maioria das legislações dos entes da federação, que tratam do estatuto dos respectivos servidores públicos, repetem com ínfimas alterações o previsto no estatuto dos servidores públicos federais. Desta forma, para a Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza¹⁷⁸, estas normas são inconstitucionais, pois trazem consigo hipóteses de recondução não abarcadas pela Constituição Federal. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2007).

Explica, ainda, que o pedido de exoneração põe fim a relação jurídico-administrativa, por ser, inclusive, requisito para assunção de outro cargo público, diante da vedação constitucional da acumulação de cargos públicos, afora as hipóteses nela previstas. Com a exoneração inaugura-se uma nova relação, não podendo ser invocada a estabilidade que antes existia, pois foi interrompida voluntariamente. Além disso, estaria se criando uma nova forma de investidura em cargo público, sem a observância da necessidade de um novo concurso público¹⁷⁹. Assim, para a Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza a recondução é restrita à hipótese que decorre da reintegração judicial do antigo ocupante, prevista na Constituição, sendo, a seu ver, as demais normas, sobre a matéria, inconstitucionais. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2007).

Ao proferir seu voto no julgamento do mesmo Mandado de Segurança, o Desembargador Danúbio Edon Franco, referindo-se às previsões contidas na Lei Complementar n. 10.098¹⁸⁰, quanto à recondução, fez menção de que não há nenhum resquício de inconstitucionalidade, uma vez que o servidor já teria se submetido ao concurso público quando do ingresso no cargo para o qual busca a recondução, inclusive, há expressa previsão na citada lei, de que a recondução se encaixa numa das formas de provimento¹⁸¹ dos cargos públicos. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2007).

Aduz que tanto na legislação estatutária federal¹⁸², quanto na estadual, a recondução aparece como forma de provimento de cargo público, baseando-se no regramento

¹⁷⁸ Voto contrário a concessão da segurança proferido no julgamento do Mandado de Segurança n. 70017051830, pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sob a relatoria do Desembargador José Aquino Flôres de Camargo, julgado em 23 de julho de 2007, em que por maioria, foi concedida a segurança tendo em vista o reconhecimento do direito líquido e certo à recondução.

¹⁷⁹ O artigo 37 da Constituição Federal, em seu inciso II, dispõe que: “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

¹⁸⁰ Esta lei dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos do Rio Grande do Sul.

¹⁸¹ A Lei Complementar n. 10.098, traz a seguinte previsão em seu artigo 10: “São formas de provimento de cargo público: I - nomeação; II - readaptação; III - reintegração; IV - reversão; V - aproveitamento; **VI - recondução**”. (grifo do autor).

¹⁸² A Lei Federal n. 8.112/90, prevê as seguintes formas de provimento de cargo público: “I - nomeação; II - promoção; III - revogado; IV - revogado; V - readaptação; VI - reversão; VII - aproveitamento; VIII - reintegração; **IX - recondução**”. (grifo do autor).

constitucional da estabilidade e na hipótese de não ser o servidor aprovado no estágio probatório em outro cargo público, no qual também ingressou por concurso. Sustenta que o servidor estável mantém essa garantia nos novos cargos que vier a assumir, pois a mesma não se dá no cargo, mas no serviço público, fazendo jus, portanto, à recondução.

Logo, em consequência da autonomia¹⁸³ que dispõe os entes estatais, estes possuem plena liberdade para organizar seus serviços e estabelecer direitos e deveres aos seus servidores, desde que não contrariem a Constituição, “criando e extinguindo cargos, funções e empregos públicos, instituindo carreiras e classes, fazendo provimentos e lotações, estabelecendo a remuneração, delimitando os seus deveres e direitos e fixando as regras disciplinares”. (MEIRELLES, 2012, p. 481).

Este, também, é o entendimento de Alexandre Santos Aragão, o qual refere que além das normas constitucionais que norteiam a organização administrativa, cada um dos entes federados, “como requisito e manifestação da sua autonomia”, possuem a competência para editar normas auto-organizacionais. (2012, p. 101).

Nessa senda, a maioria da jurisprudência tem se orientado no sentido de que os entes têm sim autonomia e competência para disciplinar, em seus estatutos, as matérias relativas a seus respectivos servidores e que a falta de previsão normativa, inviabiliza a aplicação do instituto da recondução.

Portanto, a União, Distrito Federal, Estados e Municípios possuem autonomia para, desde que não contrariem a Constituição, livremente disciplinar sua organização administrativa. Assim, os entes ao preverem em suas respectivas legislações outras hipóteses de cabimento do instituto da recondução, não estariam afrontando a Carta Maior, apenas estariam exercitando o poder de auto-organização decorrente da aludida autonomia constitucional.

¹⁸³ A autonomia dos entes federados está assim prevista no artigo 18 da Constituição Federal: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

3.3.2 A exoneração como causa de extinção do vínculo e quebra da estabilidade

Ponto importante e que, também, tem gerado debate, envolve o tema exoneração. Questiona-se se a exoneração para assunção a outro cargo público rompe ou não o vínculo jurídico-administrativo com o ente administrativo, repercutindo de forma direta na quebra da estabilidade, por se tratar de uma garantia constitucional.

Inicialmente, ressaltam-se os posicionamentos que defendem a exoneração como causa de extinção do vínculo e da estabilidade, Nessa linha cabe referir que a exoneração¹⁸⁴ está entre as hipóteses de vacância do cargo público, previstas, em regra, em todos os estatutos dos entes públicos, podendo ocorrer a pedido ou de ofício, conforme se demonstra exemplificativamente pela Lei que regulamenta o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União que dispõe em seu artigo 34 que: “A exoneração de cargo efetivo dar-se-á a pedido do servidor, ou de ofício. Parágrafo único. A exoneração de ofício dar-se-á: I - quando não satisfeitas as condições do estágio probatório; II - quando, tendo tomado posse, o servidor não entrar em exercício no prazo estabelecido”. (BRASIL, Lei n. 8.112, 1990).

Ainda, o Estatuto dos Servidores Públicos do estado do Rio Grande do Sul dispõe no artigo 56 que: “A exoneração dar-se-á: I - a pedido do servidor; II - ex-officio, quando: a) se tratar de cargo em comissão, a critério da autoridade competente; b) não forem satisfeitas as condições do estágio probatório. (RIO GRANDE DO SUL, Lei n. 10.098, 1994).

Segundo Marçal Justen Filho, a Lei n. 8.112 teria equivocadamente qualificado a posse em novo cargo público inacumulável como umas das hipóteses de vacância¹⁸⁵. Isto porque em havendo a impossibilidade de acumulação, o servidor deverá requerer a exoneração para que possa tomar posse em outro cargo público e em não o fazendo poderá ser demitido¹⁸⁶, se comprovada a má-fé. Desta forma, a vacância em virtude de posse em outro cargo inacumulável não existe como figura autônoma, pelo que se conclui que a vacância se dá pela exoneração e não pela posse em outro cargo inacumulável. (2011, p. 932).

¹⁸⁴ O artigo 33 da Lei n. 8.112/90, traz em seu inciso I, a exoneração como hipótese de vacância do cargo. Da mesma forma é o que dispõe o artigo 55 da Lei Estadual n. 10.098/94, respectivamente, ao tratar do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União e do Estado do Rio Grande do Sul.

¹⁸⁵ O artigo 33, da Lei n. 8.112, prevê as seguintes hipóteses de vacância do cargo público: “I - exoneração; II - demissão; III - promoção; IV - revogado; V - revogado; VI - readaptação; VII - aposentadoria; VIII - posse em outro cargo inacumulável; IX - falecimento.

¹⁸⁶ A Lei n. 8.112, em seu artigo 133, § 6º, assim dispõe: “Caracterizada a acumulação ilegal e provada a má-fé, aplicar-se-á a pena de demissão, destituição ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade em relação aos cargos, empregos ou funções públicas em regime de acumulação ilegal, hipótese em que os órgãos ou entidades de vinculação serão comunicados”.

Assim sendo, ao deferir o pedido de exoneração, ocorre o rompimento definitivo do vínculo entre o servidor e o cargo anteriormente ocupado. Esta situação, caso o servidor pretenda retornar à antiga repartição, exigirá sua submissão a novo concurso público, mesmo que o retorno se dê em função da inabilitação dele no estágio probatório de outro cargo posteriormente assumido. (CAVALCANTE FILHO, 2008). Este entendimento, também, é partilhado por Lúcia Valle Figueiredo, para a qual a exoneração “é o ato administrativo constitutivo cuja finalidade é extinguir a relação jurídico-funcional entre o funcionário ou servidor e o Estado”. (2008, p. 632).

A estabilidade, que mantém estrita relação com o instituto da recondução, abrange os servidores públicos de provimento efetivo, não englobando os ocupantes de empregos públicos, embora ambos se submetam a exigência de concurso público. A estabilidade é alcançada pelo servidor após três anos de efetivo serviço prestado e ela se dá no cargo e não no serviço público, fazendo com que a cada novo cargo obtido através de concurso público, o servidor deva submeter-se a novo estágio probatório, com objetivo de verificar as condições para aquisição da estabilidade no novo cargo. (BERGUE, 2005, p. 30).

Existem duas espécies de estabilidade, quais sejam, a ordinária e a extraordinária. A primeira decorrente da previsão constitucional do artigo 41¹⁸⁷, obtida após três anos de exercício de cargo público, da qual a efetividade é um pressuposto. Já a segunda, prevista no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias¹⁸⁸, é decorrente do exercício de cargo público, cuja admissão não tenha sido regularmente realizada nos moldes do inciso II¹⁸⁹ do artigo 37 da Constituição, há pelo menos cinco anos contínuos, auferidos na data da promulgação da Carta. Nesta modalidade não se verifica o pressuposto efetividade. (MEDAUAR, 2003, p. 301-302).

Para Hely Lopes Meirelles a “estabilidade não é no cargo, mas no serviço público”, sendo considerada “um atributo pessoal do servidor”. (2009, p. 453). Este entendimento é

¹⁸⁷ A Constituição Federal traz expressamente a previsão da estabilidade ordinária, bem como as hipóteses de perda do cargo, conforme previsão contida no artigo 41 e §1º: “São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. § 1º O servidor público estável só perderá o cargo: I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado; II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa”.

¹⁸⁸ O artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias está assim previsto: “Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.”

¹⁸⁹ O inciso II do artigo 37 da Constituição prevê que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

corroborado por Mauro Sérgio dos Santos referindo que embora a cada novo cargo público que venha assumir o servidor, ele será submetido ao estágio probatório. Porém, ostenta a condição de estável, adquirida no cargo anterior, se no novo cargo for reprovado no estágio probatório, o que viabilizará sua recondução ao cargo primitivo. (2012, p. 293).

A partir do acréscimo do § 4º ao artigo 41¹⁹⁰ da Constituição Federal, não existe mais a “possibilidade de aquisição de estabilidade por mero decurso de prazo”, assim a avaliação durante o período de três anos é “condição¹⁹¹ cumulativa, imprescindível para a aquisição dessa garantia.” (ALEXANDRINO, 2008, p. 318).

Destaca-se o posicionamento da Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza, ao proferir seu voto no julgamento do Mandado de Segurança n. 70017051830¹⁹², pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, também entendendo que “a exoneração é ato administrativo que extingue a relação jurídico-administrativa entre o servidor público e a Administração Pública.” Sustenta ainda, que a extinção do vínculo é condição para assunção a outro cargo público, tendo em vista a regra constitucional da inacumulabilidade¹⁹³, existindo a “extinção de uma relação jurídico-administrativa e a inauguração de outra”, não pode ser invocada a estabilidade que antes o protegia. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2007).

Segundo Marçal Justen Filho, a vacância do cargo pode decorrer de ato voluntário ou não e refere que a exoneração é uma das hipóteses que extinguem o vínculo entre o Estado e o servidor. Pode ainda ocorrer a vacância, sem ocasionar a ruptura do vínculo, decorrendo da promoção, readaptação e aposentadoria. (2011, p. 928-929).

Contrariando os posicionamentos que defendem que a exoneração é sim causa de ruptura de vínculo e, por consequência, motivo de quebra da estabilidade, o Supremo Tribunal Federal¹⁹⁴, interpretando as hipóteses previstas na Lei n. 8.112/90, tem reconhecido o direito

¹⁹⁰ Artigo 41 dispõe que: “São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. [...] § 4º **Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade**”. (grifo do autor).

¹⁹¹ No entanto, Hely Lopes Meirelles refere que o mero decurso do tempo de estágio probatório, mesmo que sem avaliação, dá o direito ao servidor ser estabilizado no cargo, uma vez que este não pode ser penalizado pela omissão da administração. (2009, p. 451).

¹⁹² MANDADO DE SEGURANÇA. RECONDUÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO ESTÁVEL. CONCESSÃO DA ORDEM. Delegado de polícia, já estável, que realizou concurso, exonerando-se do cargo para assumir o de Analista Judiciário da Justiça Federal em Santa Catarina. Servidor que, no curso do estágio probatório, não se adaptou às novas funções, razão da sua pretensão de recondução ao cargo primitivo, o que lhe foi indeferido. Art. 54, I, da LC 10.098/94. Direito líquido e certo à recondução. Precedentes do STF. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. VOTOS VENCIDOS. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2007).

¹⁹³ A Constituição Federal no artigo 37, inciso XVII, dispõe que: “a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público”.

¹⁹⁴ CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTÁVEL. ESTÁGIO PROBATÓRIO. Lei 8.112, de 1990, art. 20, § 2º. I. - Policial Rodoviário Federal, aprovado em concurso público, estável, que presta novo concurso e,

aos servidores federais de serem reconduzidos aos cargos primitivos, assentado no entendimento de que enquanto não confirmados no estágio probatório do novo cargo, os servidores não tem extinta a situação anterior. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1998). Esta interpretação vem sendo adotada pelos Tribunais inferiores¹⁹⁵, inclusive quanto aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Como constatado é evidente a divergência doutrinária no que se refere aos efeitos da exoneração na extinção do vínculo do servidor para com o Estado, embora, no campo jurisprudencial, o tema tenha sido pacificado no sentido de reconhecer que a estabilidade se dá no serviço público e não no cargo e que a exoneração possui um efeito suspensivo, somente concretizando a extinção do vínculo após a confirmação do servidor no novo cargo.

3.3.3 Recondução pela desistência do estágio probatório em outro ente

Afora as abordagens já realizadas envolvendo o instituto da recondução, resta ainda a análise de outro ponto relevante a respeito da matéria, qual seja, a possibilidade do servidor público ser reconduzido, não pela reprovação no estágio probatório, mas pela desistência voluntária deste, ainda que os cargos pertençam a entes federativos de diferentes níveis.

Não é demais lembrar que a legislação, tanto federal¹⁹⁶ quanto a do Estado do Rio Grande do Sul¹⁹⁷, assim como grande parte dos estatutos dos demais entes, carregam consigo

aprovado, é nomeado Escrivão da Polícia Federal. **Durante o estágio probatório neste último cargo, requer sua recondução ao cargo anterior. Possibilidade, na forma do disposto no art. 20, § 2º, da Lei 8.112/90. É que, enquanto não confirmado no estágio do novo cargo, não estará extinta a situação anterior.** II. - Precedentes do STF.: MS 22.933-DF, Ministro O. Gallotti, Plenário, 26.6.98, "DJ" de 13.11.98. III. - Mandado de segurança deferido.(BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1998). (grifo do autor).

¹⁹⁵ **MANDADO DE SEGURANÇA N. 70041963059.** ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIO PÚBLICO ESTADUAL. RECONDUÇÃO AO CARGO ANTERIORMENTE OCUPADO. JURISPRUDÊNCIA. POSSIBILIDADE. CASO CONCRETO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. **ASSISTE DIREITO AO FUNCIONÁRIO PÚBLICO ESTADUAL À RECONDUÇÃO AO CARGO ANTERIORMENTE OCUPADO, UMA VEZ MANIFESTADA A OPÇÃO DURANTE O ESTÁGIO PROBATÓRIO, SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DESTE ÓRGÃO ESPECIAL, ASSIM COMO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA,** IMPREGNADO O CASO DOS AUTOS, AINDA, DE RESPEITO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2011). (grifo do autor).
APELAÇÃO CÍVEL N. 10045766. DIREITO ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - SENTENÇA QUE CONCEDEU A SEGURANÇA PARA AUTORIZAR SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL ESTÁVEL E APROVADO EM OUTRO CONCURSO PÚBLICO A SER RECONDUZIDO AO CARGO ANTERIOR EM VIRTUDE DA DESISTÊNCIA DO NOVO CARGO NO ESTÁGIO PROBATÓRIO - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DAS ENTIDADES FEDERATIVAS - INOCORRÊNCIA - SENTENÇA ACERTADA E MANTIDA - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO INCLUSIVE EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO. (PARANÁ, Tribunal de Justiça, 2013). (grifo do autor).

¹⁹⁶ A Lei Federal 8.112/90, dispõe que: "Art. 29. Recondução é o retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado e decorrerá de: I - inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo; II - reintegração do anterior ocupante. Parágrafo único. Encontrando-se provido o cargo de origem, o servidor será aproveitado em outro, observado o disposto no art. 30".

e de forma quase que idêntica a previsão de que os servidores poderão ser reconduzidos mediante a reprovação no estágio probatório ou pela reintegração do anterior ocupante.

Sobre estas possibilidades previstas no texto legal não há divergência, momento que a doutrina sustenta que o servidor pode sim ser reconduzido na hipótese de inabilitação no estágio probatório no novo cargo ou ainda quando houver a reintegração do anterior ocupante. (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 317).

Todavia, a jurisprudência tem dado outros contornos ao interpretar a norma, o que tem gerado debates, especialmente, no que diz respeito a possibilidade de desistência do estágio probatório e o exercício em cargos de diferentes esferas da federação. Um exemplo disso são os entendimentos exarados no julgamento do Mandado de Segurança n. 70017051830¹⁹⁸, que para parcela significativa dos Desembargadores, representando o pensamento vencido, não poderia haver a recondução sem ser preenchido o requisito da reprovação no estágio probatório, tão pouco, se a posse se desse em cargo de ente de outra esfera. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2007).

No mesmo sentido, o Desembargador Luiz Felipe Silveira Difini, ao julgar o mencionado Mandado de Segurança, sendo voto vencido, argumentou que não é possível reconhecer o direito de o servidor ser reconduzido pela desistência, pois conforme prevê a Lei Estadual n. 10.098/94 não houve “obtenção de resultado insatisfatório em estágio probatório relativo a outro cargo” e porque o servidor exonerou-se do cargo. Sustentou, também, ser “incompatível a recondução de servidor que assumiu cargo na esfera federal pleitear seu retorno no âmbito da esfera estadual”, referindo ainda que a “Administração Pública não poder ficar à mercê da preferência do servidor público, aguardando que este escolha, a seu alvedrio, a opção que melhor lhe aprouver.” (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2007).

Este último entendimento era partilhado também pela Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, que, no entanto, através do Parecer n. 15.493/2011¹⁹⁹, revisou suas

¹⁹⁷ A Lei Complementar 10.068/94, prevê que: “Art. 54 - Recondução é o retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado e decorrerá de: I - obtenção de resultado insatisfatório em estágio probatório relativo a outro cargo; II - reintegração do anterior ocupante do cargo”.

¹⁹⁸ MANDADO DE SEGURANÇA. RECONDUÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO ESTÁVEL. CONCESSÃO DA ORDEM. Delegado de polícia, já estável, que realizou concurso, exonerando-se do cargo para assumir o de Analista Judiciário da Justiça Federal em Santa Catarina. Servidor que, no curso do estágio probatório, não se adaptou às novas funções, razão da sua pretensão de recondução ao cargo primitivo, o que lhe foi indeferido. Art. 54, I, da LC 10.098/94. Direito líquido e certo à recondução. Precedentes do STF. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. VOTOS VENCIDOS. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2007).

¹⁹⁹ Parecer n. 15.493/2011, de lavra da Procuradora do Estado Adriana Maria Neumann, nos autos do Processo n. 022323-12.04/08-8, acolhido pelo Procurador Geral após sua aprovação pelo Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado, na sessão realizada no dia 28 de julho de 2011, com a seguinte ementa: “SERVIDOR ESTADUAL. RECONDUÇÃO INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 54, I, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 10.098/94. REVISÃO DA ORIENTAÇÃO DOS

orientações no sentido de passar a “admitir a recondução ao cargo anterior no qual o servidor já alcançara estabilidade, também nas hipóteses em que manifestada intenção de desistir do estágio probatório no novo cargo e mesmo que este não pertença à órbita estadual”. A decisão foi orientada pelo fato de que a estabilidade é uma garantia constitucional, e o servidor a carrega consigo, enquanto estiver no serviço público. No tocante a recondução vir a ocorrer por desistência ou reprovação em cargo de outro ente público, não há óbice, uma vez que a recondução não se dá em razão de obediência a norma destes outros entes, mas decorre da observância da própria norma que regia a relação do cargo para o qual o servidor estável tenciona retornar. (RIO GRANDE DO SUL, Procuradoria Geral do Estado, 2011).

Este posicionamento vem a adequar-se à interpretação já adotada no âmbito federal frente a aplicação do instituto da recondução, prevista na Lei n. 8.112/90. Neste contexto o Tribunal de Contas da União já abordou o tema no julgamento do Acórdão n. 569/2006²⁰⁰, em que refere que o estatuto dos servidores não restringiu a possibilidade de recondução em razão da natureza do ente federado, portanto, não há justificativa que impeça a recondução decorrente da “desistência do estágio probatório pertinente a cargo vinculado a outro ente da federação”. (BRASIL, Tribunal de Contas da União, 2006).

Na mesma linha, o Desembargador José Aquino Flôres de Camargo, relator deste mesmo processo, entende possível a recondução de servidor na hipótese de desistência do estágio probatório, por mera inadaptação ao novo cargo, pois não há lógica nem razoabilidade ter que aguardar a reprovação no estágio probatório para poder ser reconduzido. Tal entendimento é o adotado e pacificado no Tribunal gaúcho²⁰¹. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2007).

Importante, ainda, e que desde então tem norteado as decisões sobre o tema, é a manifestação do Ministro do Supremo Tribunal Federal proferido no julgamento do Mandado de Segurança n. 22.933-0/DF²⁰², em que o relator Ministro Octávio Gallotti referiu que

PARECERES N°s 11.548/97 E 12.192/98 E PARCIAL DO PARECER 12.554/99”. (RIO GRANDE DO SUL, Procuradoria Geral do Estado, 2011).

²⁰⁰ Ementa: “Representação. Concessão de vacância a servidor em razão de posse em outro cargo inacumulável em âmbito estadual e consecutiva recondução. Procedimento amparado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e por súmula da Advocacia Geral da União. [...]”. (BRASIL, Tribunal de Contas da União, 2006).

²⁰¹ O Tribunal Pleno ao julgar o Mandado de Segurança n. 70041963059, assim tem se manifestado: “[...] Assiste direito ao funcionário público estadual à recondução ao cargo anteriormente ocupado, **uma vez manifestada a opção durante o estágio probatório, segundo a jurisprudência deste Órgão Especial, assim como do Superior Tribunal de Justiça**, impregnado o caso dos autos, ainda, de respeito ao princípio da isonomia. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2011). (grifo do autor).

²⁰² EMENTA: Estágio probatório. Funcionário estável da Imprensa Nacional admitido, por concurso público, ao cargo de Agente de Polícia do Distrito Federal. Natureza, inerente ao estágio, de complemento do processo seletivo, sendo, igualmente, sua finalidade a de aferir a adaptabilidade do servidor ao desempenho de suas novas funções. Consequente **possibilidade, durante o seu curso, de desistência do estágio, com retorno ao cargo de origem** (art. 20, § 2º, da Lei nº

“estimular a permanência na função para a qual se confessa inadaptado o servidor, estorvando a sua volta ao cargo em cuja experiência já havia sido ele aprovado será, certamente, subverter a finalidade para que foi o estágio probatório concebido”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1998).

Desse modo, sensíveis à necessidade de adequação da norma aos acontecimentos que envolvem o tema, o Poder Legislativo, em algumas esferas, já promoveu alterações legislativas a fim de minimizar os conflitos que do assunto emergem. Como se observa na redação da Lei Complementar n. 840/2011²⁰³ do Distrito Federal, a qual já incluiu como hipótese de recondução a desistência de estágio probatório. Dispõe o texto:

Artigo 37. A recondução é o retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado, observado o disposto no art. 202, § 3º, e decorre de: **I** – reprovação em estágio probatório; **II** – **desistência de estágio probatório**; **III** – reintegração do anterior ocupante. § 1º Encontrando-se provido o cargo de origem, o servidor tem de ser aproveitado em outro cargo, observado o disposto no art. 39. § 2º O servidor tem de retornar ao exercício do cargo até o dia seguinte ao da ciência do ato de recondução. (DISTRITO FEDERAL, Lei Complementar n. 840, 2011). (grifo do autor).

Com isso, verifica-se que a possibilidade de se efetivar a recondução pela desistência do cumprimento do estágio probatório e sua admissibilidade ocorra entre entes de diferentes esferas, embora não pacificamente, têm sido aceita no Judiciário, propiciando uma interpretação elástica nas hipóteses legais de recondução.

Portanto, o Poder Judiciário tem alargado, ainda mais, as hipóteses de aplicação da recondução, assegurando o direito do servidor público estável de progredir na carreira pública, com a segurança de que, se não se adaptar ou for inabilitado no novo cargo, possa retornar ao cargo primitivo. Esta situação gera enorme segurança ao servidor, no entanto, deixa a administração pública a mercê das escolhas do particular, sem considerar, sobretudo, os interesses da sociedade e os princípios norteadores da administração pública.

8.112-90). Inocorrência de ofensa ao princípio da autonomia das Unidades da Federação, por ser mantida pela União a Polícia Civil do Distrito Federal (Constituição, art. 21, XIV). Mandado de segurança deferido. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1998). (grifo do autor).

²⁰³ A Lei Complementar n. 840, de 23 de dezembro de 2011, dispõe sobre o regime jurídico único dos servidores públicos civis do Distrito Federal, das autarquias e das fundações públicas distritais.

CONCLUSÃO

O presente estudo versa sobre a efetiva aplicação do instituto da recondução, no âmbito da administração pública, considerando o conjunto da legislação das diferentes esferas de governo, frente às interpretações adotadas na doutrina e na jurisprudência, à luz dos princípios constitucionais.

A Constituição de 1988 inaugurou uma nova fase histórica, que consagra a dignidade da pessoa humana como um dos principais fundamentos do Estado Democrático de Direito. A este Estado cabe assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade, que deverão acontecer através da participação cidadã, na construção de uma verdadeira democracia.

Assim, o Estado, organizado político-administrativamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, é composto por um complexo aparato físico e humano, necessários a consecução e aperfeiçoamento da atividade estatal, denominado de administração pública, que visa atender os anseios que a sociedade demanda, frente às permanentes transformações sociais.

A administração pública dispõe de poderes, cuja natureza pode ser política, quando derivados da própria organização política constitucional, ou administrativa, que são identificados como poderes instrumentais, necessários à realização da tarefa administrativa. A manifestação do poder administrativo instrumental pode ocorrer de forma vinculada, em que a atuação do administrador fica restrita a o que a norma prevê, tendo como elementos essenciais a competência, a finalidade e a forma dos atos, mantendo íntima ligação com o princípio da legalidade. No entanto, este poder se apresenta, também, na forma discricionária, pelo qual o administrador tem a faculdade de decidir como e quando agir, de acordo com a conveniência e oportunidade, seguindo como norte o interesse público. Assim, o administrador público possui juízo absoluto da oportunidade e conveniência, mas torna-se servo incondicional da legalidade, da qual não pode rebelar-se.

Toda ação administrativa deve ser pautada na norma jurídica vigente, a qual se expressa pelas regras e pelos princípios. As regras se caracterizam por serem mais densas e detalhadas, já os princípios são caracterizados por serem genéricos e abstratos, com maior amplitude e incidência. Assim, o direito administrativo que não possui codificação própria,

utiliza-se dos princípios previstos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, além de outros aplicáveis ao direito público, sejam eles expressos ou implícitos, como pilares que sustentam todo o ordenamento jurídico.

A previsão insculpida no artigo 37 da Constituição Federal prescreve que toda administração pública direta ou indireta, de todos os poderes, deve obediência aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Existem, ainda, princípios como da razoabilidade e da proporcionalidade, da segurança jurídica, da motivação, do contraditório e ampla defesa e o da supremacia do interesse público, os quais implícita ou expressamente estão presentes no ordenamento e cuja importância é inegável.

Assim, as pessoas físicas incumbidas a exercer alguma função pública, são designadas agentes públicos, os quais, embora não haja consenso, podem ser classificados em agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração com o poder público. O servidor público ocupa cargo ou função pública, o primeiro provido mediante concurso público e a segunda, por meio de designação para exercício de encargo de direção, chefia ou assessoramento, que somente poderá recair sobre servidor público efetivo, que em regra é regido pelo regime estatutário. Já os empregados públicos, são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, havendo, também, a necessidade de realização de concurso público para sua contratação.

O provimento originário do cargo público efetivo se dá pela nomeação dos aprovados em concurso público, completando-se com a posse e o exercício, marcando o início da relação jurídico-administrativa, da qual surgem direitos e deveres funcionais. Da posse, também, decorrem as restrições, os impedimentos e as incompatibilidades quanto ao desempenho de outras funções ou cargos públicos, tendo em vista as vedações constitucionais de acumulação destes. Existe ainda, o provimento derivado de cargo, que pode ocorrer pela promoção, readaptação, reversão, aproveitamento, reintegração e recondução.

Consumado o processo de provimento, o servidor efetivo passa por um período de adaptação as funções do cargo, devendo haver o treinamento necessário, no qual será avaliado quanto a sua capacidade e aptidão, por comissão especial. Este período é denominado de estágio probatório e tem a duração de três anos, findo os quais, se aprovado, será estabilizado no serviço público, só perdendo esta garantia constitucional em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo, assegurada a ampla defesa. Desse modo, vindo a ocupar um novo cargo no serviço público o servidor será, novamente, submetido ao estágio probatório.

Diante disto, o rompimento do vínculo funcional pode se dar pela demissão, que é uma punição decorrente de sentença judicial transitada em julgado ou decisão em processo administrativo. Além disso, o vínculo é rompido pela exoneração, a pedido do servidor ou por iniciativa da administração, nos casos de: reprovação no estágio probatório; adequação aos limites da despesa com pessoal e por não exercer o cargo no prazo legal, após a posse. Pode, ainda, ocorrer hipóteses de vacância do cargo: pela aposentadoria, pela promoção, pelo falecimento, pela readaptação, pela posse em outro cargo público inacumulável e pela recondução.

Essencialmente, este estudo é focado no instituto da recondução, que além de ser hipótese de vacância é, também, de provimento de cargo público, o qual está previsto no § 2º do artigo 41 da Constituição Federal, assim como, na grande maioria dos estatutos dos servidores públicos civis de todos os entes da federação, tendo plena aplicabilidade no âmbito do serviço público. Porém, tanto a esfera administrativa, quanto a interpretação jurisprudencial ampliaram as hipóteses de utilização deste instituto.

Assim, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, em regra, além de prever a recondução enquadrada na hipótese prevista na Constituição, que se refere a recondução do servidor que ocupava a vaga do servidor reintegrado, também admitiram em seus estatutos a possibilidade da sua ocorrência no caso de reprovação em estágio probatório, realizado por servidor estável em um novo cargo público.

Em consequência destas previsões legislativas surgem conflitos de interesses entre servidores e autoridades públicas, que buscam no Judiciário a solução das controvérsias. Neste sentido, tem admitido a jurisprudência que a recondução possa ocorrer nas hipóteses de desistência do estágio probatório, de anulação de concurso público, da não confirmação no novo cargo público, reconhecendo, ainda, a possibilidade de recondução a empregados públicos.

Destas discussões, nas Cortes nacionais, emergem debates sobre pontos polêmicos da matéria, dentre eles a constitucionalidade das normas que criaram novas hipóteses de aplicação do instituto, uma vez que não se enquadram na regra constitucional. Desde logo, concorda-se com a doutrina e a jurisprudência majoritárias que consideram constitucionais tais normas, pois, não estão contrariando a Constituição, visto que a possibilidade de legislar sobre matéria referente aos respectivos servidores decorre do exercício da autonomia e do poder de auto-organização político-administrativa, concedidos pela própria Constituição.

Outro ponto bastante polêmico diz respeito ao servidor público estável que aprovado em concurso público, para tomar posse no novo cargo, deve desvincular-se do anterior, tendo em vista a previsão constitucional que veda a acumulação de cargos ou funções públicas. Desta forma, o servidor ingressa no novo cargo e se reprovado no estágio probatório será reconduzido ao primitivo. Porém, discute-se como pode ser reconduzido ao status anterior se houve a extinção da relação jurídico-administrativa antiga, inclusive por ser requisito para assunção de outro cargo público.

Como resposta ao problema sustenta-se que a exoneração é sim motivo de ruptura da relação jurídico-administrativa existente entre o servidor público estável e o Estado. No entanto, por entendimento jurisprudencial, quando motivada pela posse em outro cargo público inacumulável, os seus efeitos se protraem no tempo submetendo o servidor a uma condição suspensiva, qual seja, a confirmação no novo cargo. Desse modo, havendo a confirmação do servidor, após ter sido apurada sua capacidade para exercer as funções, extingue-se a relação jurídica anterior e inaugura-se uma nova. Todavia, com a confirmação no novo cargo, não ocorre a quebra da estabilidade, pois ela é um atributo pessoal do servidor e não do cargo, perdurando enquanto este permanecer no serviço público.

As legislações que disciplinam os estatutos dos servidores públicos preveem a aplicação do instituto da recondução, na hipótese de reprovação no estágio probatório. Entretanto, a jurisprudência majoritária, tem entendido que pode o servidor, por livre e espontânea vontade, desistir do estágio probatório, sendo-lhe garantido o direito ao regresso ao cargo que antes ocupava. Este argumento decorre da interpretação de que a lei estabeleceu o que de pior poderia acontecer ao servidor, ou seja, a reprovação ao final do estágio. Nessa linha, não seria razoável que o servidor não adaptado à nova função ou que declarado incapaz para a mesma, fosse obrigado a aguardar a sua reprovação para ser reconduzido.

O Poder Judiciário tem reconhecido, ainda, o direito à recondução a servidores que aprovados em concurso público foram empossados em cargo pertence a diferentes unidades federativas, fundado na ideia de que a estabilidade se dá no serviço público. Destaca-se, também, que a jurisprudência, embora não haja previsão legal expressa, tem concedido o direito à recondução nas hipóteses da exoneração decorrer da anulação de concurso público, realizada durante o período de estágio probatório.

Assim, pelas constatações realizadas e trazidas ao longo deste trabalho, percebe-se que há um leque de possibilidades de utilização do instituto da recondução, especialmente, quanto, as hipóteses emergentes do meio jurisprudencial, que tendem, em dado momento, até a

banalizar as situações fáticas da sua aplicação, com evidente intenção de preservar os interesses do particular em detrimento do público.

Com isso, imprescindível que se apresente crítica à forma como vem sendo aplicado o instituto da recondução, pois em flagrante violação aos princípios que regem a administração pública. Ressalta-se que, inicialmente, a Constituição previu a possibilidade da recondução em uma situação excepcional, ou seja, decorrente da reintegração de servidor cuja demissão tenha sido anulada judicial ou administrativamente.

Posteriormente, o legislador infraconstitucional acrescentou outra hipótese de recondução, isto é, do servidor estável por reprovação no estágio probatório num novo cargo. Todavia, a jurisprudência tem admitido em situações que o servidor desista do estágio, que ocorra a anulação de concurso público e que o servidor tenha assumido um emprego público e sido dispensado. Esta ampliação do instituto provoca uma sensação de segurança aos servidores estáveis, fazendo com que busquem, incessantemente, a evolução na carreira, almejando cargos mais atrativos e melhor remunerados.

Em contrapartida, gera um descomprometimento do servidor para com o serviço público, pois alimentará a expectativa de que sua estada no cargo atual será passageira e que se vier a tomar posse em outro cargo e não se adaptar ou for reprovado, poderá retornar a seu porto seguro, pois a estabilidade garante esta condição.

Assim, um servidor público pode, depois de décadas, retornar ao cargo primitivo, pois com base no entendimento de que o vínculo com o cargo só se rompe com a confirmação no novo cargo, lhe possibilita uma escalada de cargos públicos, ingressando num, depois em outro e assim sucessivamente. Neste caso, poderá o servidor, se reprovado ou se desistir do estágio probatório, neste último cargo, escolher para qual dos anteriores deseja retornar, uma vez que a extinção da relação está condicionada a confirmação no último cargo.

Esta mesma situação pode ser ocasionada em virtude da avaliação, durante o estágio probatório, ser realizada no efetivo exercício das atribuições, podendo ocorrer causas suspensivas, como, por exemplo, licenças, que estenderão o prazo para além dos três anos, previstos, fazendo com que o substituto seja estabilizado, enquanto o servidor que está com a confirmação pendente possa, ainda, ser reprovado ou desistir, retornando ao cargo primitivo.

Tal fato pode ser extremamente prejudicial à administração pública, pois a vaga deixada em aberto será suprida por outro servidor, que ao final de três anos, cumprindo o estágio probatório, será estabilizado. Com isso, o eventual retorno do servidor reconduzido

provocará o acúmulo de pessoal, ou a necessidade de colocá-lo em disponibilidade remunerada ou aproveitá-lo em outra função compatível, haja vista a não existência de vaga no cargo, gerando total insegurança jurídica nas relações jurídico-administrativas.

Nesta conjuntura, restam violados os princípios da economicidade e da eficiência, pois o ente público investiu na capacitação dos servidores e não pode aproveitar a totalidade da força produtiva, comprometendo a qualidade e a eficiência dos serviços prestados, havendo desperdício do dinheiro público. Estes fatores, por um lado, provocam segurança ao servidor reconduzido, mas por outro, deixam o servidor substituto a mercê de ser dispensado a qualquer tempo antes de ser estabilizado, pouco importando sua capacidade e competência.

Diante destas considerações, compreende-se que a matéria necessita ser melhor disciplinada pelo legislador a fim de estabelecer limites objetivos para a utilização do instituto da recondução no âmbito da administração pública, no intuito de preservar o princípio da supremacia do interesse público, que vem sendo relegado em benefício única e exclusivamente do particular. Ainda, conclui-se que a mudança de perspectiva quanto a utilização do instituto da recondução, também, deve ser enfrentada pelo Judiciário.

Desse modo, faz-se necessário repensar a interpretação sobre a matéria, pois como vindo sendo aplicada, não se revela adequada a atender os princípios que regem a administração pública, promovendo distorção dos atos e se distanciando do objetivo maior que é o bem comum.

Portanto, imprescindível que a interpretação do instituto da recondução seja realizada em sintonia com os princípios norteadores da atuação estatal, para, então, tornar possível a concretização dos ideais do Estado Democrático de Direito, aparelhado com uma máquina estatal que preste serviços públicos de qualidade e com eficiência.

REFERÊNCIAS

- ALESSI, Renato. *Diritto Amministrativo*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1949.
- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 16 ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- _____. _____. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- ARAÚJO, Admir Netto de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ATALIBA, Geraldo. *Como fazer transparente a administração pública - mecanismos de controle popular*. In: Problemas e reformas: subsídios para o debate constituinte. São Paulo: OAB-SP, 1988.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Malheiros Ed., 1999.
- _____. _____. 29. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros Ed., 2012.
- _____. _____. 26. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros Ed., 2009.
- BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2003.
- BERGUE, Sandro Trescastro. *Gestão de pessoas em organizações públicas: uma abordagem orientada para a Administração Pública Municipal*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2005.
- BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito Constitucional e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 32. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2010.
- _____. *Constituição Federal*. Disponível em < <http://www.senado.gov.br> > Acesso em: 10 set. 2013.
- _____. *Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

_____. *Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998*. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

_____. *Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jul. 2013.

_____. *Lei Federal n. 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 9 de jul. 2013.

_____. *Lei Federal n. 7.853, de 24 de outubro de 1989*. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

_____. *Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 09 set. 2013.

_____. *Lei Federal n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 09 nov. 2012.

_____. *Lei Federal n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 05 nov. 2012.

_____. *Lei Federal n. 9.962, de 22 de fevereiro de 2000*. Disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 09 nov. 2012.

_____. *Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 8 jul. 2013.

_____. *Medida Provisória n. 431, de 14 de maio de 2008*. Dispõe sobre a reestruturação do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo [...]. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 set. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp n. 291919-RJ 2013/0026026-5*. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Julgamento: 18/04/2013, T1 – Primeira Turma. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 18 set. 2013.

_____. _____. *AgRg. no RMS n. 14.617-PR*, 6ª Turma. Relator: Min. Hamilton Carvalhido, DJU, 01.07.2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 18 set. 2013.

_____. _____. *RE n. 643674 AgR*, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, da Segunda Turma, julgado em 13 ago. 2013, DJe-168, publicado 28 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 18 set. 2013.

_____. _____. *Recurso Especial n. 817.061*, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 19 set. 2013.

_____. _____. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 21.125-RS*. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 27 de out. 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>> Acesso em: 19 set. 2013.

_____. _____. *REsp n. 1199257-PE 2010/0109811-4*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Data de Julgamento: 15/02/2011, T2 - Segunda Turma. Data de Publicação: DJe 24/02/2011). Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br>> Acesso em: 18 set. 2013.

_____. _____. *REsp n. 1253093-DF 2011/0102251-1*. Relator: Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento: 20/10/2011, T2 – Segunda Turma. Data de Publicação: DJe 24/10/2011. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 18 set. 2013.

_____. _____. *RMS n. 20.934 SP, 2005/0186607-2*. 5ª Turma. Relator: Min. Laurita Vaz. Data de Julgamento: 01.12.2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 18 set. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 22.933-0*. Relator: Min. Osvaldo Galotti. Brasília, 13 de novembro de 1998. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 10 set. 2013.

_____. _____. *Mandado de Segurança n. 23.577-DF*. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, 14 de maio 2002. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>> Acesso em: 19 set. 2013.

_____. _____. *RE n. 432.460-ED*, Segunda Turma. Rel. Min. Cezar Peluso. Julg. 12.5.2009. DJe, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>> Acesso em: 8 set. 2013.

_____. _____. *RMS n. 29198- DF*. Relator: Min. Cármen Lúcia, Data de Julgamento: 30/10/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: Acórdão Eletrônico DJe-233, Divulgado: 27-11-2012, Publicado: 28-11-2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 set. 2013.

_____. _____. *Súmula n. 21*. Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 set. 2013.

_____. _____. *Súmula n. 36*. Servidor vitalício está sujeito à aposentadoria compulsória, em razão da idade. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 ago. 2013.

_____. _____. *Súmula nº 13*. In: _____. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 set. 2013.

_____. _____. *Súmula nº 685*. In: _____. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18 set. 2013.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 569*. Plenário. Brasília, DF, 19 de abr. 2006. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/>> Acesso em: 19 set. 2013.

_____. _____. *Súmula n. 246*. In: _____. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 18 set. 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Direito administrativo I*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Natureza Jurídica fazer "Pedido de Vacância"*, em Jus Navigandi, Teresina, Ano 12, n. 1683, 9. fev. 2008, Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10929>>. Acesso em: 05 set 2013.

CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*. Porto Alegre, 1937 e 1954; 7ª ed., revista e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo, Maleiros Editores, 2007.

COSTA, Nelson Nery. *Direito municipal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CRETELLA JR., José. *Filosofia do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro, Forense, 2001.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. rev. ampl. e atual. Bahia: Juspodivm, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1982.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. _____. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DISTRITO FEDERAL. *Lei Complementar n. 840, de 23 de dezembro de 2011*. Dispõe sobre o regime jurídico único dos servidores públicos civis do Distrito Federal, das autarquias e das fundações públicas distritais. Disponível em: <<http://www.fazenda.df.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. *APO n. 2032-62.2007.807.0001*. Relator: Vera Andrighi, Data de Julgamento: 14/03/2012, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: 22/03/2012, DJ-e Pág. 205. Disponível em: <<http://www.tjdf.jus.br>> Acesso em: 19 set. 2013.

DUARTE NETO, Claudionor. *O Estatuto do Servidor Público (Lei n. 8.112/90), à luz da constituição e da jurisprudência*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2011.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed., São Paulo. Malheiros Editores, 2006.

_____. _____. 9. ed., São Paulo. Malheiros Editores, 2008.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual da teoria geral do Estado e ciência política*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FORSTHOFF, Ernest. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

GALANTE, Marcelo. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. (Coleção concursos jurídicos ; v. 1)

GASPERINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 17. ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Fábio Bellote. *Elementos de direito administrativo*. Barueri, SP: Manole, 2006.

HACK, Érico. *Direito constitucional: conceitos, fundamentos e princípios básicos*. 2ª ed. ver., atual. e ampl. Curitiba: Ibpx, 2011.

HORVATH JUNIOR, Miguel; HORVATH, Miriam Vasconcelos Fiaux. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HORVATH, Miriam Vasconcelos Fiaux. *Direito administrativo*. Barueri, SP: Manole, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7. ed., rev e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LASO, Enrique Sayagués. *Tratado de derecho administrativo*. Montevideu, Daniel H. Martins, 1974.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

LUZ, Egberto Maia. *Direito administrativo contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2000.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. Atualizador prof. Miguel Alfredo Maluf Neto. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva, NASCIMENTO, Carlos Valder. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 14. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

_____. _____. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35. ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. _____. 38. ed., atualizada por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MINAS GERAIS. *Lei n. 869, de 5 de julho de 1952*. Dispõe sobre o estatuto dos funcionários públicos civis do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.crv.educacao.mg.gov.br>>. Acesso em: 30 set. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 1002411113952-3/002*, da 5ª Câmara Cível. Relator: Des. Barros Levenhagen. Belo Horizonte, 18 de nov. de 2012. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>> Acesso em: 21 set. 2013.

_____. _____. *Apelação n. 744966390001*. Relator: Francisco Figueiredo, Data de Julgamento: 01/08/2007, Data de Publicação: 19/09/2007. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>> Acesso em: 10 set. 2013.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

NASSAR, Elody. *Prescrição na Administração Pública*. 2. ed. ver., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei n. 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 10045766-PR*. Relator: Paulo Roberto Hapner. Curitiba, PR, 21 de maio 2013. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br>> Acesso em: 19 set. 2013.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. *O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal. Região, 2. *Agravo n. 160702-RJ 2007.02.01.015402-6*. Relator: Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund, Data de Julgamento: 16/09/2008, Oitava Turma Especializada, Data de Publicação: DJU - Data: 24/09/2008 - Página:101. Disponível em: <<http://trf-2.jusbrasil.com.br>> Acesso em: 18 set. 2013.

_____. _____. Região, 2. *MAS n. 14049 95.02.22962-2*. Relator: Desembargador Federal Pous Erik Dyrland, Data de Julgamento: 16/06/2005, Sexta Turma, Data de Publicação: DJU - Data: 08/07/2005 - Página: 238/9). Disponível em: <<http://trf-2.jusbrasil.com.br>> Acesso em: 18 set. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. *Lei Complementar n. 10.098, de 23 de março de 1994*. Dispõe sobre o estatuto e regime jurídico único dos servidores públicos civis do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br>>. Acesso em: 12 set. 2013.

_____. Procuradoria Geral do Estado. *Parecer n. 15493, 13 abr. 2011*. Autor: Procuradora Dra. Adriana Maria Neumann. Aprovado na sessão de 28 jun. 2011. Porto Alegre, 17 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www2.pge.rs.gov.br>> Acesso em: 10 set. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 70036109684-RS*. Relator: Alexandre Mussoi Moreira. Porto Alegre, RS, 31 de out. 2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 19 set. 2013.

_____. _____. *Apelação Cível n.70038938197-RS, 3ª Câmara Cível*. Relatora: Des.^a Matilde Chabar Maia. Porto Alegre, 19 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 10 set. 2013.

_____. _____. *Mandado de Segurança n. 70048876270-RS*. Relator: Arno Werlang. Porto Alegre, RS, 13 de ago. 2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 19 set. 2013.

_____. _____. *Mando de Segurança n.70017051830, Órgão Especial*. Relator: Des. José Aquino Flôres de Camargo. Porto Alegre, 23 de junho de 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 10 set. 2013.

_____. _____. *Mando de Segurança n.70041963059, Órgão Especial*. Relator: Des.Arminio José Abreu Lima da Rosa. Porto Alegre, 06 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 12 set. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal. Região, 4. *Agravo de Instrumento n. 2003.04.01.046034-3/SC*. Relator: Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon. Porto Alegre, 08 de junho de 2004. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>> Acesso em: 2 set. 2013.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 2011.066603-9*. Relator: Sérgio Roberto Baasch Luz, Data de Julgamento: 21/11/2011, Primeira Câmara de Direito Público. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>> Acesso em: 19 set. 2013.

SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação n. 0029956-19.2011.8.26.0053*. Relator: Venicio Salles, Data de Julgamento: 28/11/2012, 12ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 04/12/2012. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>> Acesso em: 10 set. 2013.

_____. _____. *Apelação n. 0105205-78.2008.8.26.0053*. Relator: Nogueira Diefenthaler, Data de Julgamento: 14/03/2011, 7ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 18/03/2011. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>> Acesso em: 10 set. 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed., rev e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. _____. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SIRAQUE, Vanderlei. *Controle social da Função Administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TAILLE, Yves de La. *Moral e Ética: Dimensões Intelectuais e Afetivas*. Porto Alegre: Artmed, 2007.

TONIAL, Nadya Regina Gusella. *Contratos: a concretização da dignidade da pessoa humana pelo princípio da boa-fé objetiva*. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2009.