Ivan Barbosa Rigolin

Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis

Editora Saraiva

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP

CEP 05413-909

PABX: (11) 3613 3000

SACJUR: 0800 055 7688

De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30

saraivajur@editorasaraiva.com.br

Acesse: www.saraivajur.com.br

Filiais

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE
Rua Costa Azevedo, 56 – Centro
Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE
Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas
Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895
Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)
Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro
Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO
Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga
Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384
Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL
SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 – Setor de Indústria e Abastecimento
Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951
Fax: (61) 3344-1709 – Brasília

GOIÁS/TOCANTINS
Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto
Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806
Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO
Rua 14 de Julho, 3148 – Centro
Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS
Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha
Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ
Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos
Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038
Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA
Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho
Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS
Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista
Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)
Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro
Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO
Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel
Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565
Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL
Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos
Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567
Porto Alegre

SÃO PAULO
Av. Antártica, 92 – Barra Funda
Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-17447-4

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Rigolin, Ivan Barbosa
Comentários ao regime único dos servidores
públicos civis / Ivan Barbosa Rigolin. — 7. ed. rev. e
atual. — São Paulo : Saraiva, 2012.
1. Brasil - Servidores públicos - Leis e legislação
I. Título.

11-04244 CDU-35.08 (81) (094.56)

Índices para catálogo sistemático:
1. Brasil : Leis comentadas : Servidores públicos civis :
Regime jurídico : Direito administrativo
35.08 (81) (094.56)
2. Leis comentadas : Servidores públicos civis :
Regime jurídico : Brasil : Direito administrativo
35.08 (81) (094.56)

Diretor editorial Luiz Roberto Curia

Gerente de produção editorial Lígia Alves

Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria

Preparação de originais Ana Cristina Garcia, Maria Izabel Barreiros Bitencourt Bressan e Daniel Pavani Naveira

Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas e Mônica Landi

Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati e Marie Nakagawa

Serviços editoriais Elaine Cristina da Silva e Vinicius Asevedo Vieira

Capa Studio Bss

Produção digital Estúdio Editores.com & CPC Informática

Data de fechamento da edição: 10-4-2012

Dúvidas?
Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

100.393.007.001

A
Johannes Brahms

Homenagem póstuma
ao caríssimo Moacyr de Araújo Nunes,
na alta instância onde se encontra.

Agradecimentos

ao caríssimo Mauro Roberto Gomes de Mattos,
permanente inspiração neste assunto.

INDICADOR GERAL

Abreviaturas e siglas

Nota à 7ª edição

Nota à 6ª edição

Índice sistemático da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990

Introdução e explicações

Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990

Referências bibliográficas

ABREVIATURAS E SIGLAS

ac. — acórdão

ADCT — Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADIn — Ação Direta de Inconstitucionalidade

art(s). — artigo(s)

cf. — conforme

CF — Constituição Federal

cit. — citado(a)

CLPS — Consolidação das Leis da Previdência Social

CLT — Consolidação das Leis do Trabalho

CPC — Código de Processo Civil

DASP — Departamento Administrativo do Serviço Público

Dec. — Decreto

DF — Distrito Federal

DJU — Diário da Justiça da União

DOU — Diário Oficial da União

DRH — Departamento de Recursos Humanos

ed. — edição

FAS — Funções de Assessoramento Superior

FGTS — Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

inc. — inciso

INPS — Instituto Nacional de Previdência Social

INSS — Instituto Nacional do Seguro Social

L. — Lei

LOPS — Lei Orgânica da Previdência Social

LOSS — Lei Orgânica da Seguridade Social

MP — Ministério Público

MS — Mandado de Segurança

n. — número

ON — Orientação Normativa

p. — página

p. ex. — por exemplo

proc. — processo

RJTJSP — *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo*

RO — Recurso Ordinário

RTJ — *Revista Trimestral de Jurisprudência*

SAF — Secretaria da Administração Federal

STF — Supremo Tribunal Federal

STJ — Superior Tribunal de Justiça

SUS — Sistema Único de Saúde

tb. — também

TCE-SP — Tribunal de Contas do Estado de São Paulo

TCU — Tribunal de Contas da União

TJSP — Tribunal de Justiça de São Paulo

TRT — Tribunal Regional do Trabalho

v. — volume

v. — *vide*

NOTA À 7ª EDIÇÃO

Esta 7ª edição nem de longe contempla o volume de alterações que a L. 8.112 sofreu da 5ª para a 6ª, e até por esse motivo julgamos indispensável manter a nota à anterior 6ª edição, que contém um vasto número de informações a dar conta da evolução, naquele passo, do estatuto dos servidores federais. Extirpá-la desta edição privaria o leitor de explicações sobre o estado atual da matéria, que podem fazer falta.

Apascentou-se a fúria mudancista que assomou o legislador federal nos últimos anos quanto ao texto da L. 8.112, devendo ter-lhe parecido preferível parar para pensar sobre os efeitos das últimas alterações a prosseguir modificando o texto, convulsionadíssimo desde sua origem em 1990. Acertada ideia.

Apenas duas novas leis incidiram sobre o texto da L. 8.112 para modificá-lo: a primeira é a Lei n. 12.269, de 21 de junho de 2010, que alterou os arts. 83, 96-A e 103 daquela lei; e a segunda é a Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011, em vigor a partir de 18 de maio de 2012, 180 dias após sua publicação, que modifica o art. 116 da L. 8.112 e acrescenta o art. 126-A à L. 8.112.

Outra, a Lei n. 12.300, de 28 de julho de 2010, que alterou o plano de carreira dos servidores do Senado Federal, em alguns artigos informa que se aplicam dispositivos e regras da L. 8.112 às regras desse novo plano de carreira,

sem entretanto modificar o estatuto dos servidores federais – como dificilmente se imaginaria possível, uma vez que se trata de lei para uma das câmaras do Congresso, sendo o Legislativo um Poder incompetente para propor modificações ao estatuto.

Além disso, e apenas para noticiar sobre matéria correlata em panorama de tão escassas novidades, o Decreto n. 6.593, de 2 de outubro de 2008 – que poderia ter sido referido já na edição anterior mas que não o foi porque isso escapa ao escopo geral da obra, que se recusa a descer ao mutabilíssimo plano dos decretos e dos regulamentos –, regulamenta o art. 11 da L. 8.112, sobre isenção de taxa de inscrição em concursos públicos do Executivo.

No mais, acresceram-se alguns novos comentários aos já existentes sobre certos artigos da lei estatutária, além de esparsas alusões jurisprudenciais, quer por novidadeiras, quer por pertinentes como adendo aos comentários.

Mantém-se, de resto, a orientação dada desde a edição inaugural, de não pretender rechear os comentários de jurisprudência. Se ao tempo da primeira edição era proveitosa a coleção de julgados, a cada ano que de lá passou até hoje, essa inserção tornou-se progressiva e invariavelmente menos importante, em face dos estupendos programas informatizados que os Tribunais brasileiros disponibilizaram – e continuamente aperfeiçoam – nos seus sítios na *internet.*

Ainda que merecidamente se elogiem os compêndios jurisprudenciais que existam, o fato é que nos dias que correm vêm se transformando em objetos de arqueologia jurídica, a ocupar grandes espaços em estantes de escritórios e de repartições, todos cada vez mais carentes de espaço.

E já hoje em dia ninguém em sã consciência se pode recusar a trabalhar de modo corrente e diuturno com os arquivos infinitos das redes de informática, que fornecem mais informação em curtíssimo tempo do que jamais alguém do passado ousaria imaginar em sistema algum. E a jurisprudência, sobre todo e qualquer tema que se possa discutir em juízo, se inclui por excelência naquelas matérias de amplo e democrático acesso.

Daí não insistirmos em carregar o texto com julgados, senão excepcionalmente pela eventual e tópica relevância. O comentário pessoal sempre nos pareceu constituir o objeto da primeira e mais essencial atenção – sabendo-se quanto o próprio Judiciário dele sempre necessita – neste modesto estudo.

O Autor
(fevereiro de 2012)

NOTA À 6ª EDIÇÃO

Esta 6ª edição surge em muito menos tempo que aquele entre a quarta e a quinta porque, inquestionavelmente, existe muito menos matéria a atualizar, a partir de 2006 até este momento, do que existiu nos doze anos anteriores a 2006. Nada semelhante àquele insano trabalho teve ensejo desta feita, mas apenas algumas questões bastante tópicas e muito bem localizadas mereceram comentário, e por vezes correção.

Contam-se, desse modo, alterações aos comentários:

a) sobre a medida liminar, que na edição anterior ("Nota à 5ª edição" e "Introdução e explicações") dissemos ter sido concedida em 2001 contra o art. 39, *caput*, da Constituição, na ADIn n. 2.135-4, procedendo-se à correção do texto, visto que ela somente foi deferida em 2007, entretanto com aquela mesma redação anunciada em 2001. Esta nota já contém a informação atualizada;

b) ao art. 1º da L. 8.112, na parte relativa ao regime jurídico dos servidores das autarquias fiscalizadoras de exercício profissional, como os Conselhos e as Ordens, ante a copiosa jurisprudência existente sobre o tema;

c) ao art. 60-B, alterado pela Lei n. 11.490, de 20-6-2007, resultante da conversão da Medida Provisória n. 341, de 29-12-2006;

d) ao art. 156 e ao art. 164, § 2º, ambos da L. 8.112, em face da recente Súmula n. 343, do STJ, sobre a necessidade de ser constituído advogado,

regularmente inscrito na OAB, para defender indiciado em processo administrativo disciplinar;

e) aos arts. 76-A, 92 e 98, todos da L. 8.112, ante a conversão da Medida Provisória n. 359, de 16-3-2007, na Lei n. 11.501, de 11-7-2007;

f) aos arts. 20, § 1º**;** 41, § 5º; 60-C, *caput*, e parágrafo único; 60-D, *caput*, e §§ 1º e 2º; 117, inc. X, e parágrafo único, com incs. I e II, tudo em face da Lei n. 11.784, de 22-9-2008, resultado da conversão da Medida Provisória n. 431, de 14-5-2008, cuja validade fora prorrogada por 60 dias graças ao Ato do Presidente da Mesa do Congresso Nacional n. 34, de 3-7-2008;

g) aos arts. 81, 83, 96-A, 102, 188, 190, 203, 204, 206-A e 222, todos da L. 8.112, alterados ou incluídos pela Lei n. 11.907, de 2-2-2009, resultante da conversão da Medida Provisória n. 441, de 29-8-2008.

Observa-se, com bastante alegria, que, ao que parece, a 5ª edição produziu efeito junto ao Executivo federal, que pela Medida Provisória n. 431, de 14-5-2008, alterou não menos que três pontos da L. 8.112, todos explicitados nos comentários, *na forma exata como recomendado ou indicado naquela edição desta obra*. Não se pode atribuir o fato à coincidência, mas à *consciência* do Executivo da União, que aqui somente se pode enaltecer.

Mas um fato curioso, e lastimável a todos os títulos, ocorreu nesse ínterim. A antiga Medida Provisória n. 431 havia produzido, em verdade, quatro alterações, conforme reclamáramos na 5ª edição, sendo a mais importante, sem dúvida, o *caput* do art. 20, que, constitucionalizando a matéria na lei, passara de dois para três anos o período de estágio probatório necessário à estabilização do servidor concursado. Qual não foi a surpresa, entretanto, quando, ao deparar com a Lei n. 11.784/2008, observou-se que aquela alteração ao *caput* (dois para três anos de estágio) *não foi mantida pela nova lei*, permanecendo, portanto, a anacrônica e inexplicável redação antiga da L. 8.112**!**

O retrocesso, após quatro meses de atualização constitucional, foi espantoso, por tecnicamente degradante, sinalizando que nosso país ainda tem muito a

evoluir – e falamos especificamente do Congresso Nacional, culpado pelo extraordinário desserviço jurídico que prestou à nação. O Executivo fizera sua parte, e o Legislativo destruiu seu serviço. Este é nosso país.

No mais, enriqueceram-se os comentários a alguns outros artigos da L. 8.112, tanto com acréscimo de referências doutrinárias quanto com inserções jurisprudenciais, sempre proveitosas na prática.

Tais alusões à jurisprudência, entretanto, são muitas vezes apenas referenciais, e, em geral, não contêm a transcrição de longos excertos, uma vez que a pesquisa jurisprudencial se tornou, graças à informatização dos imensos arquivos nos *sites* dos tribunais, mantidos e permanentemente atualizados na rede mundial de informática, cômoda ao extremo, como algo jamais antes imaginável. Não há por que alongar a obra, assim sendo, com transcrições de decisões que se tornaram acessíveis a todo o público sem nenhuma dificuldade.

Permanecem válidas as observações restantes, constantes da nota à edição anterior, as quais, por isso, refletindo um lapso da história do funcionalismo que aparentemente não mudará tão logo, aqui se mantêm.

****

Referiu-se na edição anterior à antiga esperança da categoria jurídica, a esta altura abandonada em definitivo, de que o Executivo e o Legislativo simplesmente *passassem a Constituição Federal para a Lei n. 8.112* — e apenas isso: que apenas *constitucionalizassem* o estatuto dos servidores federais.

Mudou-se a Constituição diversas vezes, e trituraram-se e pulverizaram-se importantes partes da Lei n. 8.112, porém os sucessivos governos federais disso fingem não se dar conta. A questão, assim devem entender, não é com eles.

Quanto a este último ponto, a impressão que resta para a vergastada, aturdida e desesperançada classe dos servidores públicos federais, submetida crescentemente aos últimos testes da resistência humana, é a de que nada tem ensejado tão desabrido desprezo, por parte dos governos federais que se sucedem, quanto a

categoria dos seus agentes profissionais.

Ainda que nos últimos anos pareça ter diminuído o *holocausto* dos servidores federais, o fato é que ainda se sentem os efeitos de uma série infindável de desprestigiamentos, relegações, postergações, imobilismos e entraves ao desenvolvimento, como jamais se presenciou ao longo da história, em detrimento direto aos servidores federais; é o que toda a categoria experimenta já há mais de década. A dignidade da profissão pública experimenta crudelíssimas reduções, e as mais drásticas provações de todo gênero.

São, com efeito, planos de carreira que constam de leis belíssimas mas que jamais são impulsionados — nem mesmo quando acionado o Poder Judiciário! São reajustes e revisões remuneratórias que, mesmo tornadas obrigatórias pela Constituição, não são cumpridas, ou o são de modo que beira o cinismo das autoridades; são alterações na lei estatutária sempre para retirar direitos, cortar vantagens, subtrair conquistas, vilipendiar tradições.

São, no mais, regras constitucionais garantidoras de outros direitos laborais, mas cujo cumprimento ninguém garante... uma vez que bem delineado o inferno institucional — e material, pois não — que o servidor federal experimenta neste momento, em especial, cruciante, e tanto mais grave para toda a categoria dos servidores públicos na medida em que o exemplo federal sempre se irradia para o plano estadual e muitas vezes também para o municipal, alastrando, neste presente exemplo, o estrago.

Quando a tudo isso se somam as últimas orientações da Constituição Federal, tanto respeitantes ao regime jurídico quanto, e principalmente, ao previdenciário, iniciadas em 1998 (e que, ao que se noticia, ainda não cessaram), então fácil se torna ver que este presente é o *pior momento institucional da história do funcionalismo público brasileiro ao longo de toda a história de nosso país*.

Nunca existiu pior momento para alguém ingressar no serviço público, e, reciprocamente, quando se presenciou a corrida tresloucada e desvairada pela aposentadoria por quem podia de algum modo se aposentar após as recentes

emendas constitucionais — privando os serviços públicos em todos os Poderes de forças importantíssimas de trabalho, muita vez até hoje não repostas —, parece que nunca houve melhor instante para dele se sair.

Quem, após ler a Emenda Constitucional n. 20, promulgada em dezembro de 1998, observou que já detinha condição de se aposentar pela regra constitucional anterior deve estar, provavelmente até o dia de hoje, agradecendo as potestades celestiais por semelhante graça.

****

Fenômeno sumamente interessante ocorreu com respeito à L. 8.112 em 2007, oriundo do ano de 2001.

Advinda ao universo das leis em 1990 como o *regime jurídico único* do servidor federal, aquele anunciado na Constituição de 1988, art. 39, como obrigatório a partir de abril de 1990 para reger o pessoal do serviço público de cada ente integrante da Federação do modo como cada qual desses entes para o seu âmbito legislasse, o *rju* entretanto logo passou, na história, a configurar *espinho na garganta* do governo federal, que a ele, e à correlata estabilidade constitucional que o servidor adquiria no serviço público, atribuía a qualidade de ser uma das causas principais da pouca eficiência do serviço público, responsável também pelo tradicionalmente decantado imobilismo do serviço público, que a ninguém servia.

Conseguiu o Executivo assim, apenas em 1998 e após batalha das mais árduas e cruentas já travadas no Congresso Nacional, fazer aprovar sua originária proposta de emenda constitucional como Emenda n. 19, que foi promulgada em 4 de junho de 1998. Por seu intermédio, o novo art. 39, que conteve, simplesmente excluía qualquer menção ao regime único do servidor público, exatamente quando toda a Nação já se habituara à ideia da unicidade necessária do regime laboral do servidor público, e já a ela adaptara sua legislação com razoável adequação e propriedade.

Conseguiu assim o Executivo naquele momento o que desejava havia anos, isto é, eliminar a obrigação de que o regime jurídico do servidor fosse um só, a regra constitucional passando a permitir, desse modo, que se voltasse quanto a isso ao direito anterior, em que conviviam para o pessoal do serviço público não apenas dois mas verdadeiramente *três* regimes jurídicos: o estatutário, o da CLT e um terceiro, de índole administrativa, para temporários ou técnicos especialistas, baseado em lei local autorizada pelo art. 106 da, assim chamada, Constituição de 1969.

Passou a ser lícito então ao ente público, com a EC n. 19/98, a um só tempo, criar cargos estatutários, criar empregos pela CLT e criar funções pelo terceiro regime, e admitir, por cada regime, servidores públicos, concomitantemente e em absoluta harmonia institucional.

Tudo corria placidamente sob a nova regra do regime não mais obrigatoriamente único — volta ao passado essa que de resto tanto agradou a setores "modernistas" dos estudiosos, das autoridades e dos próprios servidores, quanto desagradou aos setores conservadores, àquela altura em minoria — quando *ex abrupto* o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 8 de novembro de 2001, dentre tantas requeridas, pelo voto de três Ministros *pareceu deferir* uma única medida liminar na ADIn n. 2.135-4, movida logo após a promulgação da EC n. 19 pelo Partido dos Trabalhadores, pela qual simplesmente *suspendia a execução do novo art. 39 da Carta, dada pela EC n. 19/98*, e, em face da existente legislação regedora desse fenômeno legislativo, manteve em vigor, restaurando-a, a antiga redação do artigo que instituiu o regime único.

Disséramos na edição anterior, de 2007, que a medida liminar fora deferida, porém nos equivocamos ante uma leitura apressada do extrato do andamento, e disso aqui nos penitenciamos junto ao leitor. Aquela sessão de julgamento, de 8-11-2001, fora, em verdade, apenas suspensa por pedido de vista de um Ministro, com alguns votos já proferidos, todos suspendendo a eficácia do novo *caput* do art. 39 da Carta (com a redação dada pela EC n. 19/98), e nada além disso. O

julgamento, naquele momento, fora, portanto, suspenso, e foi apenas após a longa tramitação, que se seguiu até 2007, que o STF concluiu o julgamento do pedido de liminar.

E a liminar foi deferida apenas em 2-8-2007, no mesmo exato sentido dos votos proferidos em 2001, que por sua vez acompanharam o voto do relator originário, o Min. Néri da Silveira, tudo para suspender a eficácia do novo *caput* do art. 39, restaurando com isso a vigência do *caput* originário, de 1988, enquanto não apreciado o mérito da ADIn.

Restaurou assim o STF, em 2007, enquanto não julga o mérito daquela ação, a obrigatoriedade de que o regime jurídico único do servidor público brasileiro seja um só, ou ao menos que algum dia seja único, quando se extinguirem os postos de trabalho do regime não escolhido como único, ocupados por servidores estáveis. Exatamente como ocorreu em 1988, com a promulgação da Constituição-*cidadã.*

Em resumo: de outubro de 1988, ou, se se quiser, de abril de 1990 (Constituição de 1988, redação originária, e o prazo dado para a adaptação dos entes públicos às suas regras, dentre as quais a do *rju*), até 4-6-1998 (EC n. 19, que excluiu a obrigatória unicidade do regime), o *rju* foi obrigatório; a partir da EC n. 19 deixou de ser obrigatoriamente único, admitindo-se novamente o convívio dos demais regimes; a partir de 2-8-2007 voltou à baila a obrigatoriedade de unicidade do regime jurídico do servidor público, ou seja, restaurou-se como obrigatório o regime jurídico único.

O regime jurídico do servidor público, assim, que não era obrigatoriamente único antes da Carta de 1988, com a edição desta foi *obrigatoriamente único*, deixou de ser *obrigatoriamente único* e voltou a ser *obrigatoriamente único* — como o é até os dias de hoje, e como o será enquanto o STF não decidir, eventualmente, de modo diverso, no julgar o mérito da ADIn n. 2.135-4. Se aquela ação for improvida quanto a esse ponto, portanto, o *rju* será o instituto que foi, deixou de ser, foi outra vez e deixou de ser outra vez. Noticia-se,

entretanto, e intensamente, que o STF *decidirá conforme a liminar deferida em 2007*, ou ao menos que essa é a sua tendência. Aguardemos.

Mesmo após a liminar ter sido deferida em 2007, parece que relativamente poucos profissionais atentaram para a liminar proferida pelo STF, restaurando por ora a obrigatoriedade do *rju.* Outros, que a conheceram desde logo, nunca pareceram nem parecem muito preocupados em cumpri-la, talvez desacreditando que essa dança institucional sobre tema tão grave seja para levar a sério. Pouco se comenta sobre o fato.

Devido ao pouco tempo passado, também não se registra nenhuma atuação muito rigorosa dos Tribunais de Contas para vê-la executada. A nítida impressão é que poucos dos que conhecem a decisão, mesmo após 2007, acreditam no que veem. Seja como for, tal qual a fênix ressurgida das próprias cinzas, ou como Lázaro insepulto, eis de volta à cena o *rju*, e ao concerto das instituições jurídicas brasileiras. São os meandros, por vezes inacreditáveis, que o direito percorre.

E ante tudo aquilo este modesto trabalho, que se impunha redenominar para algo como os comentários ao *estatuto dos servidores federais*, precisou manter seu título de origem. Por força de medida liminar...

****

Algumas leis alteraram, desde a anterior edição de 1995, a Lei n. 8.112, dentre as quais muito especialmente ressalta a Lei n. 9.527, de 10 de dezembro de 1997, que não apenas revolveu toda a matéria anterior da lei como, pelo art. 13, determinou mesmo a sua consolidação e republicação. Uma coisa, portanto, foi a Lei n. 8.112 antes da Lei n. 9.527/97, e outra é depois do seu advento, com a consolidada redação que lhe imprimiu. Os dispositivos modificados pela Lei n. 9.527/97, tantos que são, como seria de esperar, têm qualidade variável da melhor à pior, como se comenta.

Além dessa citada lei, também outras incidiram sobre o texto da Lei n. 8.112,

como a Lei n. 9.624, de 2 de abril de 1998; a Lei n. 9.783, de 28 de janeiro de 1999; a Lei n. 10.470, de 25 de junho de 2002; a Lei n. 10.667, de 14 de maio de 2003; a Lei n. 11.094, de 13 de janeiro de 2005; a Lei n. 11.302, de 10 de maio de 2006; a Lei n. 11.314, de 3 de julho de 2006; e a Lei n. 11.355, de 19 de outubro de 2006; todas as quais em maior ou em menor grau deram nova feição a partes da Lei n. 8.112.

A última lei incidente sobre a L. 8.112 foi, como se viu, a Lei n. 11.784, de 22-9-2008 (provinda da MP n. 431/2008), e a penúltima foi a Lei n. 11.501, de 11-7-2007 (resultante da conversão da MP n. 359/2007), e no seu teor alterou os arts. 76-A, 92 e 98, todos da lei do regime único federal.

Mas também incide ainda hoje sobre a Lei n. 8.112, sem previsão de conversão em lei, a Medida Provisória n. 2.225, de 4 de setembro de 2001, uma daquelas que restaram *encravadas* no Congresso quando da promulgação da EC n. 32, de 11 de setembro de 2001, e que lá ainda permanecem sem ter sido votadas, e por lá ficarão por tempo indefinido produzindo seus fantasmagóricos efeitos enquanto não varridas em definitivo do ordenamento jurídico, como nefastas moléstias que sempre foram da primeira à última até o dia de hoje.

Indicam-se ocasionalmente alguns regulamentos tópicos de alguns artigos da Lei n. 8.112, com todo o temor possível de desatualidade, dada a essencial transitoriedade dos regulamentos, que se alteram ao sabor da brisa e, muita vez, de puros impulsos da autoridade, movida pelas mais casuísticas e ínfimas necessidades.

Também ainda se mencionam no texto algumas orientações normativas da Administração Federal, tema que parece ter passado da moda que desfrutou nos primórdios da Lei n. 8.112, em que tudo era inusitado, quando não *insólito*, em qualquer caso a exigir esclarecimento e orientação oficial. A simples drástica redução na edição daquelas ONs, entretanto, constitui sem dúvida outra demonstração do pouco apreço que o tema do servidor público oferece à autoridade federal, na verificável medida em que não procura orientar sobre o

que não interessa.

Por essa razão de desatualidade em todos os sentidos *não mais se publica o texto das orientações normativas*, até para que esse texto não dê a falsa impressão — como não ocorria no passado — de que tem alguma utilidade nos dias que correm, quando se a sabe escassa, e apenas para o Executivo.

Alguma jurisprudência superior específica, daquela vasta já existente após quinze anos de vigência da Lei n. 8.112, é também trazida à baila, como achega sempre útil ao prático do direito e da administração de pessoal, atento antes ao que os tribunais dizem ser o direito que ao que unilateralmente, por mais fundado que esteja, imagina. Concorreram para isso algumas obras da doutrina, inexistentes quando da anterior edição, que ao longo do texto estão citadas.

Nesta edição, tanto quanto nas anteriores, entretanto, jamais foi nosso escopo coligir jurisprudência, como ocorre no admirável trabalho de Mauro Roberto Gomes de Mattos, *A Lei n. 8.112/90 interpretada e comentada***[1]**, que, além dos pertinentes e apropriados comentários ao texto da Lei n. 8.112, constitui um roteiro jurisprudencial insubstituível.

No mais, e nada obstante os dezoito anos que separam esta edição da primeira, de 1992, muitos comentários foram mantidos sem qualquer alteração, ante a inalteração do direito e da expectativa que se tinha quanto à aplicação da lei.

O que mais se lamenta no entanto, e em maior profundidade, é o fato de que as *alterações constitucionais* havidas sobretudo a partir de 1998 com a Emenda n. 19, essas sim relevantes como nada mais, essenciais como o cerne primeiro de todo o direito e de toda a ordem institucional, essas que mudam e remudam o mundo, as mesmas que conformam a sociedade, simplesmente não tenham sido vertidas para a Lei n. 8.112, numa omissão a um só tempo ignominiosa e imperdoável, a revelar quão desprezível se afigura o servidor público aos olhos da autoridade federal — e o péssimo exemplo se dissemina nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, e, houvera outro ente federado, também ali.

Essa, a indiferença do legislador federal à Constituição na lei do seu servidor, a principal razão de tanta demora para se produzir esta edição, para a qual se espera entretanto o mesmo beneplácito, que mereceram as anteriores, do qualificado público a que se destina.

O Autor
(dezembro de 2009)

ÍNDICE SISTEMÁTICO DA LEI N. 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990

Título I

CAPÍTULO ÚNICO — Das disposições preliminares

Art. 1º
Art. 2º
Art. 3º
Art. 4º

Título II

DO PROVIMENTO, VACÂNCIA, REMOÇÃO, REDISTRIBUIÇÃO E SUBSTITUIÇÃO

CAPÍTULO I — Do provimento

Seção I — Disposições gerais

Art. 5º
Art. 6º
Art. 7º
Art. 8º

Seção II — Da nomeação

Art. 9º
Art. 10

Seção III — Do concurso público

Art. 11
Art. 12
Seção IV — Da posse e do exercício
Art. 13
Art. 14
Art. 15
Art. 16
Art. 17
Art. 18
Art. 19
Art. 20
Seção V — Da estabilidade
Art. 21
Art. 22
Seção VI — Da transferência
Art. 23 (*Revogado pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997*)
Seção VII — Da readaptação
Art. 24
Seção VIII — Da reversão
Art. 25
Art. 26 (*Revogado pela Medida Provisória n. 2.225-45, de 4-9-2001*)
Art. 27
Seção IX — Da reintegração
Art. 28
Seção X — Da recondução
Art. 29
Seção XI — Da disponibilidade e do aproveitamento
Art. 30
Art. 31
Art. 32

CAPÍTULO II — Da vacância
Art. 33
Art. 34
Art. 35
CAPÍTULO III — Da remoção e da redistribuição
Seção I — Da remoção
Art. 36
Seção II — Da redistribuição
Art. 37
CAPÍTULO IV — Da substituição
Art. 38
Art. 39

Título III

DOS DIREITOS E VANTAGENS

CAPÍTULO I — Do vencimento e da remuneração
Art. 40
Art. 41
Art. 42
Art. 43 (*Revogado pela Lei n. 9.624, de 2-4-1998*)
Art. 44
Art. 45
Art. 46
Art. 47
Art. 48
CAPÍTULO II — Das vantagens
Art. 49
Art. 50
Seção I — Das indenizações
Art. 51
Art. 52

Subseção I — *Da ajuda de custo*

Art. 53

Art. 54

Art. 55

Art. 56

Art. 57

Subseção II — *Das diárias*

Art. 58

Art. 59

Subseção III — *Da indenização de transporte*

Art. 60

Subseção IV — *Do auxílio-moradia*

Art. 60-A

Art. 60-B

Art. 60-C

Art. 60-D

Art. 60-E

Seção II — Das gratificações e adicionais

Art. 61

Subseção I — *Da retribuição pelo exercício de função de direção, chefia e assessoramento*

Art. 62

Art. 62-A

Subseção II — *Da gratificação natalina*

Art. 63

Art. 64

Art. 65

Art. 66

Subseção III — *Do adicional por tempo de serviço*

Art. 67 (*Revogado pela Medida Provisória n. 2.225-45, de 4-9-2001*)

Subseção IV — *Dos adicionais de insalubridade, periculosidade ou atividades penosas*
Art. 68
Art. 69
Art. 70
Art. 71
Art. 72
Subseção V — *Do adicional por serviço extraordinário*
Art. 73
Art. 74
Subseção VI — *Do adicional noturno*
Art. 75
Subseção VII — *Do adicional de férias*
Art. 76
Subseção VIII — *Da gratificação por encargo de curso ou concurso*
Art. 76-A
CAPÍTULO III — Das férias
Art. 77
Art. 78
Art. 79
Art. 80
CAPÍTULO IV — Das licenças
Seção I — Disposições gerais
Art. 81
Art. 82
Seção II — Da licença por motivo de doença em pessoa da família
Art. 83
Seção III — Da licença por motivo de afastamento do cônjuge
Art. 84

Seção IV — Da licença para o serviço militar
Art. 85
Seção V — Da licença para atividade política
Art. 86
Seção VI — Da licença para capacitação
Art. 87
Art. 88 (*Revogado pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997*)
Art. 89 (*Revogado pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997*)
Art. 90 (*Vetado*)
Seção VII — Da licença para tratar de interesses particulares
Art. 91
Seção VIII — Da licença para o desempenho de mandato classista
Art. 92
CAPÍTULO V — Dos afastamentos
Seção I — Do afastamento para servir a outro órgão ou entidade
Art. 93
Seção II — Do afastamento para exercício de mandato eletivo
Art. 94
Seção III — Do afastamento para estudo ou missão no exterior
Art. 95
Art. 96
Seção IV — Do afastamento para participação em programa de pós-graduação *stricto sensu* no país
Art. 96-A
CAPÍTULO VI — Das concessões
Art. 97
Art. 98
Art. 99
CAPÍTULO VII — Do tempo de serviço

Art. 100
Art. 101
Art. 102
Art. 103

CAPÍTULO VIII — Do direito de petição

Art. 104
Art. 105
Art. 106
Art. 107
Art. 108
Art. 109
Art. 110
Art. 111
Art. 112
Art. 113
Art. 114
Art. 115

Título IV

DO REGIME DISCIPLINAR

CAPÍTULO I — Dos deveres

Art. 116

CAPÍTULO II — Das proibições

Art. 117

CAPÍTULO III — Da acumulação

Art. 118
Art. 119
Art. 120

CAPÍTULO IV — Das responsabilidades

Art. 121
Art. 122

Art. 123
Art. 124
Art. 125
Art. 126
Art. 126-A

CAPÍTULO V — Das penalidades

Art. 127
Art. 128
Art. 129
Art. 130
Art. 131
Art. 132
Art. 133
Art. 134
Art. 135
Art. 136
Art. 137
Art. 138
Art. 139
Art. 140
Art. 141
Art. 142

Título V

DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

CAPÍTULO I — Disposições gerais

Art. 143
Art. 144
Art. 145
Art. 146

CAPÍTULO II — Do afastamento preventivo

Art. 147

CAPÍTULO III — Do processo disciplinar
Art. 148
Art. 149
Art. 150
Art. 151
Art. 152
Seção I — Do inquérito
Art. 153
Art. 154
Art. 155
Art. 156
Art. 157
Art. 158
Art. 159
Art. 160
Art. 161
Art. 162
Art. 163
Art. 164
Art. 165
Art. 166
Seção II — Do julgamento
Art. 167
Art. 168
Art. 169
Art. 170
Art. 171
Art. 172
Art. 173
Seção III — Da revisão do processo
Art. 174
Art. 175

Art. 176
Art. 177
Art. 178
Art. 179
Art. 180
Art. 181
Art. 182

Título VI

DA SEGURIDADE SOCIAL DO SERVIDOR

CAPÍTULO I — Disposições gerais

Art. 183
Art. 184
Art. 185

CAPÍTULO II — Dos benefícios

Seção I — Da aposentadoria

Art. 186
Art. 187
Art. 188
Art. 189
Art. 190
Art. 191
Art. 192 (*Revogado pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997*)
Art. 193 (*Revogado pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997*)
Art. 194
Art. 195

Seção II — Do auxílio-natalidade

Art. 196

Seção III — Do salário-famíli

Art. 197
Art. 198
Art. 199

Art. 200
Art. 201
Seção IV — Da licença para tratamento de saúde
Art. 202
Art. 203
Art. 204
Art. 205
Art. 206
Art. 206-A
Seção V — Da licença à gestante, à adotante e da licença-paternidade
Art. 207
Art. 208
Art. 209
Art. 210
Seção VI — Da licença por acidente em serviço
Art. 211
Art. 212
Art. 213
Art. 214
Seção VII — Da pensão
Art. 215
Art. 216
Art. 217
Art. 218
Art. 219
Art. 220
Art. 221
Art. 222
Art. 223
Art. 224
Art. 225

Seção VIII — Do auxílio-funeral
Art. 226
Art. 227
Art. 228
Seção IX — Do auxílio-reclusão
Art. 229
CAPÍTULO III — Da assistência à saúde
Art. 230
CAPÍTULO IV — Do custeio
Art. 231 (*Revogado pela Lei n. 9.783, de 28-1-1999*)
Título VII
CAPÍTULO ÚNICO — Da contratação temporária de excepcional interesse público
Art. 232 (*Revogado pela Lei n. 8.745, de 9-12-1993*)
Art. 233 (*Revogado pela Lei n. 8.745, de 9-12-1993*)
Art. 234 (*Revogado pela Lei n. 8.745, de 9-12-1993*)
Art. 235 (*Revogado pela Lei n. 8.745, de 9-12-1993*)
Título VIII
CAPÍTULO ÚNICO — Das disposições gerais
Art. 236
Art. 237
Art. 238
Art. 239
Art. 240
Art. 241
Art. 242
Título IX
CAPÍTULO ÚNICO — Das disposições transitórias e finais
Art. 243
Art. 244

Art. 245
Art. 246 (*Vetado*)
Art. 247
Art. 248
Art. 249
Art. 250
Art. 251 (*Revogado pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997*)
Art. 252
Art. 253

INTRODUÇÃO E EXPLICAÇÕES

I

No dia 12 de dezembro de 1990 saiu publicada no *Diário Oficial da União*, em primeira página, a tão ansiada lei federal que tomou o n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Essa lei reza em sua ementa:

> *Dispõe sobre o regime jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.*

Os artigos iniciais desta lei confirmam a redação da ementa. Não se observa uma só vez menção à palavra *estatuto*, nem dela se observa constar a palavra *funcionário*, e assim até as disposições finais do texto.

A Lei n. 8.112/90 é inequivocamente um estatuto de funcionários públicos federais, mas não reconhecidamente, vale dizer: um novo estatuto dos funcionários públicos federais, que se denomina, apenas, *lei de regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.*

Todos no País tratam a nova lei como “o novo estatuto”, ora mencionando “dos servidores”, ora, saudosamente, “dos funcionários”. Causa entretanto profundo desconforto ao estudioso, ao Advogado, ao profissional da área, ou mesmo ao servidor envolvido, referi-lo como estatuto quando ele próprio, assim

expressamente, não se reconhece.

Refere-se nesta obra à Lei n. 8.112/90, por esse motivo exclusivamente terminológico, apenas por *L. 8.112*.

Outro fato que chama extraordinariamente a atenção na L. 8.112 é a omissão, evidentemente propositada, da palavra *funcionário*. Não existe menção a *funcionário público* na L. 8.112, salvo nas suas disposições transitórias e finais, a partir do art. 243, onde o legislador se reportou a situações anteriores.

Não há mesmo menção a funcionário público, uma vez que o art. 2º da L. 8.112 define que a pessoa legalmente investida em cargo público chama-se *servidor* e não *funcionário*, ou algo diverso. Com isso a nova lei revolucionou a tradição, alterando profundissimamente o conceito, tão arraigado até ontem, de *funcionário público.*

Observam-se a atenção e o cuidado do público legislador quanto a essa questão de terminologia, por todo o decorrer da L. 8.112; onde pudesse existir a palavra *funcionário* foi ela substituída por *servidor*. E é compreensível a razão deste procedimento.

A L. 8.112 foi promulgada para dar cumprimento à exigência prevista no art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, o qual remete ao art. 39 da mesma Constituição Federal. Nesses artigos constitucionais não existe menção à expressão *funcionário público*, nem a *estatuto de funcionários*, mas tão somente a *servidor público* e a *regime jurídico único* para os *servidores* públicos.

Tais dispositivos indicavam que aquele regime único poderia ser tanto o estatutário (como acabou sendo) quanto o regime da CLT (que dificilmente seria escolhido, considerando-se a virtualmente impossível aplicação da CLT a Juízes ou Promotores, p. ex.). Como, entretanto, somente a União e os Estados têm Poder Judiciário, e têm Ministério Público, o mesmo problema, a mesma dificuldade de implantação da CLT como regime jurídico único, que existe para os Estados e para a União, não existiu para os Municípios, os quais

sistematicamente, em grande número, vêm adotando o diploma trabalhista como regime único dos seus servidores públicos.

II

Como é tristemente tradicional no serviço público e na prática administrativa brasileira, a União desconsiderou o prazo constitucional máximo, de até abril de 1990, para eleger o regime único dos seus servidores, o que procedeu apenas através da L. 8.112. Isto também ocorreu a inúmeros Municípios brasileiros, e a diversos Estados membros da Federação, calcados que andam, sempre, no modelo e na conduta federal.

Não figura na Constituição de 1988, entretanto, qualquer sanção, penalidade ou consequência mais séria para os entes públicos que descumpriram aquele prazo de ano e meio após a edição da nova Carta; desse modo, há de se ter como válida a L. 8.112, ainda que editada após aquele prazo máximo.

Ver-se-á como a L. 8.112, ainda que represente evolução, e bastante sensível, na matéria de que trata com relação ao antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União — a Lei n. 1.711/52 — e ainda que a seu tempo tivesse representado também a indispensável atualização, em face da nova Carta constitucional, de inúmeros dispositivos e institutos previstos no arcaico Estatuto, padece todavia de vícios, deficiências, impropriedades, incoerências, ou, em caso extremo como é o absurdo art. 243, de disposições franca e grosseiramente inconstitucionais, custando crer possam ter sido aprovadas pelo Congresso Nacional, provido que foi à ocasião de tantos bons juristas e professores de Direito Constitucional.

Se mais reação não houve a artigos como o 243 terá sido porque, ainda que inconstitucional, deve ter militado em favor do interesse dos servidores atingidos; porque, bem ou mal, os deve ter beneficiado**[2]**.

Este fato, entretanto, jamais poderia autorizar a União a descumprir a Constituição, o que por inúmeras vezes aconteceu na íntegra da L. 8.112.

Quase todos os institutos da L. 8.112 exigem regulamentação, mas a lei pouco se refere a regulamentos. Alguns já existem, e são referidos nesta edição.

Por vezes refere-se a outra lei como necessária à sua própria exequibilidade, o que é no mínimo embaraçoso: a nova lei, como diploma de igual hierarquia, pode introduzir matéria inteiramente nova, revogando eventualmente parte do que lhe cumpria tornar exequível...

São exemplos o antigo § 1º do art. 231, artigo esse hoje inteiramente revogado pela Lei n. 9.783, de 28-1-1999; ou o parágrafo único do art. 3º; o art. 4º; ou outros dispositivos hoje alterados pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997, e ainda vários outros dispositivos. Tal indica que a L. 8.112 é de fato uma norma ampla, mais de princípios e de direitos gerais do servidor que de obrigações objetivamente mensuráveis à Administração.

Ocorre que, sendo a L. 8.112 oriunda de um substitutivo, de autoria do Congresso, ao projeto inicial do Executivo**[3]**, teve afinal a redação informada por altos e baixos quanto à uniformidade de propósitos, à sistematização, à metodologia, ao critério final de classificação e reunião dos mais diversos assuntos. Assume, com isso, em geral, aspecto de verdadeira carta de princípios, de pequena "constituição" dos servidores; e às vezes desce ao plano da mera instrução regulamentar, detalhada e minuciosa.

Cada qual destas considerações merecerá, ao longo da obra, explicação e detalhamento.

III

Se até bem recentemente não se conheciam obras de peso sobre a L. 8.112, esse panorama entretanto mudou em 2005, data da primeira edição da *Lei n. 8.112/90 interpretada e comentada*, de Mauro Roberto Gomes de Mattos**[4]**, que tanto contém comentários e páginas de interpretação quanto uma importantíssima resenha jurisprudencial sobre a matéria da lei, e um valioso apanhado da doutrina sobre o tema. Autêntico oásis no deserto que a circunda,

essa obra constitui obrigatória referência, doravante, sempre que se cuidar da L. 8.112.

Mesmo assim, a presente obra manteve seu caráter pouco “democrático”, e, à exceção da obra acima referida, pouco se valeu da doutrina administrativa até então existente, já que baseada não exatamente na L. 8.112 mas em outros textos legais, em outros estatutos, em outros diplomas.

Muito do *magister dixit* das primeiras edições persiste nesta, pelo motivo invocado mas também porque sempre entendeu o autor que, por valiosa e necessária que possa ser para o jurista a doutrina existente sobre o tema a cada momento, o propósito de quem escreve deve ser, antes de tudo, o de expor com originalidade suas ideias, sua particular leitura do direito envolvido, sua visão pessoal dos assuntos que lhe sejam correlatos, para poder enfim fundamentar com a solidez possível seus raciocínios e suas conclusões sobre os temas focalizados.

Antes vale, parece, uma fundada tese, que tenha início, meio e fim, ainda que isolada ante todo o meio que a circunda, que um cipoal de citações e transcrições que, em seu conjunto, não encerram conclusão alguma, mas que apontam para várias direções e que nesse conglomerado permitem interpretações por vezes até contraditórias.

Se não for para expor seu fundado pensamento, criar a base teórica do direito e com isso a expor ao julgamento dos pares e dos leitores, não compreende o autor por que alguém deveria doutrinar, e não apenas em matéria jurídica.

“É hora de os juristas se pronunciarem”, asseverou uma década e meia atrás uma importante autoridade quando foi editada a nova Constituição.

Mas parece ser hora, ainda hoje, de os juristas se pronunciarem acerca da L. 8.112, uma vez que ao seu aplicador de ofício, que é autoridade federal, deve permanecer ainda nestes dias um oceano de dúvidas, um tenebroso mar de indagações, as mais naturais, as quais são apenas em parte resolvidas pelos regulamentos, instruções normativas, circulares, portarias, ordens de serviço ou

outros atos — os quais não raro *contrariam* a própria lei... tudo sem dizer da jurisprudência, farol definitivo — bom ou mau, mas definitivo — na aplicação da lei.

Sabe-se que mesmo os regulamentos precisarão estar informados por estudos preliminares, por boa doutrina, por interpretações judiciosas e sensatas das inúmeras novidades que a L. 8.112 introduziu no ordenamento jurídico e no serviço público brasileiro.

É tanto maior a responsabilidade do legislador federal, que editou a L. 8.112, quando se sabe que desde sua promulgação vem servindo como modelo a inúmeras legislações locais de maior ou menor âmbito, nos vários entes políticos brasileiros.

Poucos legisladores locais, com efeito, no Brasil se aventuram a ser os pioneiros, no cumprimento de alguma ordem constitucional, para editar determinados diplomas, e ainda mais quando de horizonte tão largo e de abrangência tão extraordinária como uma lei que estabeleça, com todas as suas implicações, o regime jurídico único dos servidores públicos da respectiva esfera, e tipicamente quando esse regime é o estatutário, como aconteceu na L. 8.112 — pois, quando o regime escolhido é o da CLT, pouco precisa dizer a lei local, uma vez que esse regime já existe pronto e acabado, editado pela União.

Quando, entretanto, o ente político não abre mão, como a União não abriu, do seu direito constitucional de disciplinar inteiramente o regime jurídico dos seus servidores, aí o seu trabalho é hercúleo, gigantesco, infindável, e com tanto correspondentemente difícil e espinhoso. Desincumbiu-se a União da gigantesca tarefa através de editar a L. 8.112.

Como o fez, com que acerto, sob que percalços, com quais tropeços, é o que se procurará analisar no decorrer destes modestos comentários.

E, para aqui também, como se procede frequentemente, encarece-se do leitor o todo seu melhor espírito de compreensão, e toda a sua complacência, para com quem frequentemente meio às trevas irá tatear, movido apenas pelo que lhe

parece ser o bom-senso, imprescindível mais do que qualquer outra qualidade a quem se dispõe a comentar diplomas legais recentes, sobretudo tão inovadores quanto o foi a L. 8.112.

IV

Adotou-se para aqui o critério, comum a obras de interpretação de leis, de transcrever artigo por artigo da L. 8.112, tabulado à direita em tipo diferenciado, para a seguir tecer-se o comentário. Nem sempre a unidade ideal para cada bloco de comentários teria sido o artigo inteiro, como se procedeu, pois com frequência um artigo é demasiado extenso ou complexo, ou surpreendentemente sintético, de modo que no primeiro caso talvez com vantagem se o deveria comentar em etapas separadas, e no segundo comentar-se-iam diversos artigos em um só bloco, até mesmo por íntima conexão de assuntos.

Preferiu-se entretanto discorrer autonomamente sobre cada artigo em sua integridade, em observância à técnica do legislador federal e sem outra indagação, uma vez que se na lei ele separou cada artigo como unidade autônoma alguma razão objetiva terá tido, e aqui, até por razão didática, pareceu conveniente nisso imitá-lo.

E não apenas quanto à separação dos artigos conveio seguir a L. 8.112, pois, tal qual procedeu J. Guimarães Menegale em sua obra magistral sobre o anterior Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, a Lei n. 1.711/52**[5]**, também se seccionou este livro conforme as grandes divisões da L. 8.112, já que outra capitulação dos temas, diferente da sistematização adotada pela lei, arriscar-se-ia a ser arbitrária e pouco contribuiria para o enfoque eminentemente didático que estes comentários pretendem conter.

Procurou-se fugir uma vez mais ao academicismo, ou a longos devaneios e divagações, que, neste mundo conturbadíssimo onde não resta tempo algum a ninguém, se vêm revelando rematadamente inúteis ao trabalhador do direito, que precisa, antes que conhecer a história remota dos seus problemas, resolvê-los

com eficácia e urgência.

Se o direito comparado, a história e mesmo a filosofia do direito são indispensáveis em certo momento da vida a cada profissional da área jurídica (de quem não constitua a própria profissão, naturalmente), não o serão por certo em obra como a presente, cuja proposição é, antes de tudo, atender ao aplicador do direito, ao profissional prático e realizador a quem a isolada vaidade intelectual muito pouco atende — sem demérito do brilhantismo que possa revestir.

Como resenha assim prática, estes comentários referem com frequência outras leis pertinentes à L. 8.112, como também a atos infralegais, sobretudo a *orientações normativas*, as primeiras expedidas pelo Departamento de Recursos Humanos da antiga Secretaria da Administração Federal, e as últimas pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, sendo que a todas atualmente preferimos denominar "da administração federal", uma vez que a dança dos Ministérios é mais intensa e, tal qual uma *tarantella*, parece mais ensandecida a cada nova equipe do governo federal que se empossa.

Mas, também como se disse, nesta edição não se reproduz o texto integral das ONs, pelas razões já declinadas.

Cada novo governo, com efeito, sem pensar duas vezes, cria muitos novos Ministérios, extingue outros antigos, altera-os a bel-prazer e os transforma de alhos em bugalhos como se troca de roupa — e amiúde com rematado mau gosto. Foram as orientações, todas elas, expedidas de início, e poucas ainda o vêm sendo, para possibilitar melhor compreensão e mais fácil aplicação das inúmeras novidades contidas na L. 8.112. Fulcra-se o trabalho, entretanto, básica e primordialmente, no teor isolado da L. 8.112.

Citam-se poucas obras doutrinárias, por razões já declinadas. Recorre-se amiúde à técnica das notas de rodapé, uma vez que não convém à melhor exposição das ideias truncá-las ou fazê-las desviar momentaneamente de seu rumo, não se podendo, entretanto, omitir explicações ou dados adicionais, de outra ordem ou natureza, relativos àquelas ideias, para o que o rodapé continua a

ser adequado recurso — sabendo-se que as notas de rodapé às vezes constituem um *segundo livro* sobre o mesmo assunto do primeiro, que não raro é melhor que o primeiro...

Os números romanos dentro de cada bloco de comentários separam, evidentemente, diferentes abordagens aos artigos, conforme varie a necessidade de focá-los sob vertentes diversas, dada a natureza ou a amplidão dos temas que respeitam.

A lista de abreviações, bem como os dois índices e a curta bibliografia ao final, facilitam ao leitor compulsar os comentários, localizando temas específicos ou artigos com maior presteza.

A nota já à 5ª edição, por fim, dava conta do extraordinário fenômeno, devido à legislação específica que a determina, da *repristinação* da antiga redação do *caput* do art. 39 da Constituição, que, tendo sido alterado pela EC n. 19/98, por força de medida liminar deferida na ADIn n. 2.135-4 pelo Supremo Tribunal Federal em agosto de 2007, voltou provisoriamente a vigorar, e com ele a obrigatoriedade do regime jurídico *único* dos servidores públicos brasileiros, dentro de cada ente que integra a federação.

Com a EC n. 19/98 havia deixado de ser obrigatoriamente único o regime, situação que perdurou até aquela liminar, deferida em 2007, situação essa que permanece até hoje e o será por tempo absolutamente indeterminado, de modo que a L. 8.112 continua sendo, por ora, a lei instituidora e disciplinadora do regime jurídico único dos servidores públicos civis da União — mas que outra coisa não é, nem nunca foi, senão o *estatuto* daqueles servidores, ou *funcionários.*

Alguns acórdãos do STF, desde logo citados nada obstante a sua idade de quase duas décadas, deram um norte a questões como conflitos de competência sobre questões relativas a regime jurídico do autor, assim como sobre o âmbito da L. 8.112, e o que da legislação local revoga, ou não revoga. São os seguintes:

a) sobre o conflito de competência:

Conflito de Competência n. 7028/RJ, relator Min. Néri da Silveira, j. 6-9-1995, Pleno, Publ. *DJ*, 5-5-2000, p. 20:

"EMENTA: Conflito de Competência. Compete ao STF julgar conflito de competência entre Tribunal Superior do Trabalho e Juiz Federal. 2. Reclamação trabalhista movida por servidores públicos federais, ora regidos pelo sistema estatutário disciplinado pela Lei n. 8.112/1990, vindicando vantagens salariais referentes a período anterior à Lei n. 8.112, de 1990, quando estavam sujeitos à CLT. 3. Hipótese em que a competência é da Justiça do Trabalho, mesmo se o aforamento da demanda ocorre já na vigência da Lei n. 8.112/1990. 4. Constituição, art. 114. RE 182.040-3/210. Precedentes do STF. 5. Conflito conhecido, declarando-se a competência da Justiça do Trabalho.

b) sobre a incidência da L. 8.112:

Mandado de Segurança n. 21331/DF, relator Min. Néri da Silveira. j. 3-2-1993, Pleno, Publ. *DJ*, 18-3-1994, p. 5166:

"Ementa: mandado de Segurança. Agentes de Polícia Federal demitidos, após processo disciplinar, "Por se terem prevalecido, abusivamente, da condição de policial". Lei n. 4.878, de 1965; Decreto n. 59.310/1966, art. 364. a lei n. 8.112, de 11-12-1990, não revogou a Lei n. 4.878/1965, Estatuto dos Policiais Federais e sua regulamentação. O art. 253, da Lei n. 8.112/1990 revogou apenas a Lei n. 1.711/1952 e respectiva legislação complementar, aí não compreendida a legislação estatutária específica de determinadas categorias funcionais. o exercício do poder disciplinar da administração pode ocorrer, independentemente da jurisdição criminal. Decreto n. 59.310/1966, arts. 369 e 427 par. 1. Precedentes do stf. Decreto n. 59.310/1966, art. 364, incisos viii, xx, xxiv e xlviii. embora não caiba, em mandado de segurança, discutir fatos, certo é que, na espécie, a gravidade dos atos imputados aos servidores se entremostra evidente não só na descrição constante do relatório do processo disciplinar. Em linha de princípio, a capitulação das transgressões disciplinares não refoge das normas estatutárias indicadas. Mandado de segurança indeferido, ressalvadas as

vias ordinárias”.

LEI N. 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990[6]

Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

PUBLICAÇÃO CONSOLIDADA DA LEI N. 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990, DETERMINADA PELO ART. 13 DA LEI N. 9.527, DE 10 DE DEZEMBRO DE 1997

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA. Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Título I

Capítulo Único

DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Artigos 1º ao 4º

Art. 1º Esta Lei institui o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas federais.

I

Com oito meses de atraso[7], a União terá dado, com a edição desta L. 8.112,

talvez o primeiro passo para a erradicação definitiva da aplicação da CLT no âmbito do serviço público de todos os entes da Administração brasileira.

Sobre os servidores federais, da Administração direta, autárquica e fundacional pública, não resta dúvida de que este passo terá consumado, inobstante o modo atabalhoado e juridicamente *selvagem* como foi resolvido, o problema dos milhares de servidores celetistas que, ao lado dos funcionários estatutários, compunham o quadro da União; falamos do art. 243 da L. 8.112, que do ponto de vista friamente técnico raia o *inacreditável* diante da Constituição Federal, conforme se irá a seu tempo minuden0temente demonstrar**[8]**.

Quanto aos Estados membros da Federação, a atitude "estatutarista" da União será com certeza imitada, e, caso permaneça a unicidade de regimes jurídicos do servidor público na próxima revisão constitucional — o que se aguarda e anseia —, também neles a CLT tem seus dias contados, respeitantemente ao pessoal do serviço centralizado, autárquico e fundacional público estadual.

Os Municípios, entretanto, que nenhum posto de trabalho privativo "ou fortemente aconselhável" para a natureza estatutária possuem, já estão atualmente dando ao regime trabalhista uma sobrevida cujo fim ninguém se atreve a vaticinar, e isso fazem apenas por virem escolhendo a CLT, e não um estatuto de servidores, como o regime jurídico de seus servidores, único doravante aberto a novas admissões de pessoal.

No plano da União revoga-se finalmente, após quase quarenta anos de vigência e de crescente obsolescência, a vetusta Lei n. 1.711, de 28-10-1952.

Foram necessárias quase quatro décadas de envelhecimento e desatualização contínua em face das Constituições que a partir de 1952 se sucederam, e foi preciso sobretudo que a Constituição de 1988 obrigasse expressamente a tal atualização para que a União, enfim, se desse conta de que o regime estatutário da função pública no âmbito federal não podia de modo algum seguir esteado

entre as pilastras, carcomidas pelo tempo, da Lei n. 1.711, obsoletas, ineficazes em grande parte em razão de inconstitucionalidades supervenientes e outros defeitos sem conta, originários de uma mentalidade antiga e refratária do legislador, insustentável para os dias de hoje.

Isto não quer dizer que grande parte das velhas instituições da Lei n. 1.711/52 não tenha sido remodelada e aproveitada: foram-no, sem dúvida, tendo inspirado inúmeros novos institutos da L. 8.112, sob nova roupagem.

Denunciamos a penúria do regime estatutário, conforme vinha sendo mantido nos vários entes políticos, em nossa obra sobre o servidor público perante a nova Carta**[9]**; com todo efeito, o desleixo, a incúria, o destrato com que a União (principalmente) relegava o seu pessoal em face da legislação que o regia, e em face das modernas necessidades da Administração, não faziam crer pudesse a União ser tida muito a sério, nessa questão do disciplinamento do pessoal do seu serviço público.

Esta L. 8.112, que tem pontos altos e pontos baixos como qualquer lei disciplinadora de assunto tão relevante e complexo quanto o de que trata, entretanto permite entrever algo como uma fundamentada esperança de que o arqueológico panorama estatutário da União foi eficientemente renovado, modernizado, atualizado, e com isso ordenado de modo a produzir melhores resultados — sem embargo de alguns velhos defeitos que, incompreensivelmente, permaneceram.

II

Extinguiu-se a Lei n. 1.711/52, mas foi ela a inspiração de grande parte dos institutos consagrados na nova L. 8.112. Boa ou ruim, a tradição estatutária no âmbito do serviço público brasileiro consagrou inúmeros institutos aplicáveis aos antigos funcionários públicos, hoje denominados apenas *servidores públicos*, os quais institutos não poderiam, efetivamente, ser derrogados, afastados de súbito ou transformados de maneira radical, nem muito menos de maneira

absoluta.

Perceber-se-á ao longo dos comentários que muito há, de fato, de antiga inspiração nesta L. 8.112, sendo desses institutos alguns excelentes, alguns medianamente meritórios e alguns francamente inconvenientes ao interesse público brasileiro, quer por excessivamente pródigos — e assim discriminatórios ao cidadão não servidor —, quer por excessivamente complacentes, transigindo quanto a deveres intransigíveis dos servidores, quer por outras razões, que nos momentos adequados serão declinadas.

O fato é que, inobstante a forma extremamente simplista e despreocupada como a União tratou (e aparentemente resolveu), e apenas como um exemplo, o problema dos celetistas estabilizados por força do art. 19 do ADCT da CF/88, a L. 8.112 insuflou precioso alento de vida no âmbito da administração de pessoal de serviço público da União, que dele necessitava em desespero.

III

Atenta à técnica constitucional que não mais se refere a funcionário público mas tão só a *servidor público*, não há na L. 8.112 menção a funcionário, salvo em disposições finais e ultérrimas, a lidar com situações antigas e transitórias, pendentes de novo equacionamento.

A antiga noção de funcionário público, tradicionalíssima e inteiramente arraigada ao direito brasileiro (como à prática administrativa das repartições públicas), sofreu golpe de morte, para o âmbito da União, logo à ementa da mesma lei: na União não existem mais funcionários; todos passaram a ser *servidores públicos federais*, sejam eles da Administração direta, sejam eles os da Administração autárquica, sejam aqueles pertencentes aos quadros das fundações públicas a que se refere a nova Constituição em diversos momentos (arts. 37, XIX, e 39; ADCT, art. 19).

Não remanescem também, a teor do espantoso e formidável art. 243, celetistas do serviço público da União. Todos eles, reza o artigo, *converteram-se*

em servidores públicos, sujeitos ao regime da L. 8.112, tendo tido seus contratos de trabalho simplesmente extintos**[10]**.

A L. 8.112 tornou-se, assim sendo, o regime jurídico único dos servidores federais, quer da Administração direta da União, quer das autarquias federais, quer, por fim, das fundações públicas de âmbito federal**[11]**. A única exceção à transformação compulsória é a referente aos celetistas *contratados por tempo certo*, que se mantêm, ou a esta altura *se mantiveram*, até o fim irrenovável de seus contratos, celetistas**[12]**.

Esse regime único, que pretende ser realmente único e admitiu permanecer apenas um quadro em extinção referente ao regime jurídico da CLT, preenchido por contratados estabilizados excepcionalmente pela CF/88**[13]**, contém em si, conforme se irá examinar, inspiração ora estatutarista, ora nitidamente trabalhista, ora previdenciarista pública, ora previdenciarista de molde tipicamente privado (segundo a legislação previdenciária federal, de âmbito nacional, que abriga o segurado trabalhador na iniciativa privada).

Pretendeu a L. 8.112, dessa sorte, enfeixar em seu bojo todos os institutos, de todas as naturezas, que lhe pareceram necessários para que eficientemente a União pudesse administrar o pessoal vinculado ao serviço público federal. Escaparam da abrangência da L. 8.112, em razão da ordem expressa prevista no art. 39 da Constituição, os servidores das empresas paraestatais (sociedades de economia mista e empresas públicas), bem como aqueles pertencentes aos quadros das fundações federais que não se possam categorizar como as "fundações públicas" a que se referem os já citados artigos constitucionais.

Estes últimos servidores (paraestatais e fundacionais "não públicos"), em razão da natureza fortemente privada das suas empregadoras, ou ao menos das características muito mais privadas dessas empregadoras do que, por exemplo, tem uma autarquia, não se submetem ao regime da L. 8.112, mantendo-se assim ao abrigo do diploma trabalhista nacional, a CLT, como sempre aconteceu. Qualquer autarquia federal, portanto, a partir da edição da L. 8.112, tem seu

pessoal regido pelo regime que ela implantou. Qualquer servidor de fundação que a União declarou pública tem seu quadro de pessoal regido exclusivamente pela L. 8.112.

Quanto às fundações, o problema que em menor grau ocorre no tocante às autarquias é imediato: fundações sempre tiveram no Brasil servidores exclusivamente celetistas; falar em servidor estatutário fundacional no Brasil era algo incompreensível, por inusitado. Hoje o panorama se inverteu: servidor fundacional (pertencente a fundação *pública*) é servidor público federal, no sentido do art. 1º da L. 8.112, e nessa condição sujeito a suas determinações. Como esta questão será no futuro tratada, permanece mistério insondável neste momento**[14]**.

O pessoal, por fim, dos Ministérios, ou seja, aquele pertencente aos quadros do Poder Executivo Federal, o pessoal pertencente aos serviços auxiliares do Congresso Nacional, ou seja, aqueles servidores a serviço do Legislativo federal, e os cidadãos ocupantes de cargos nos serviços auxiliares do Poder Judiciário nacional, sujeitam-se doravante, e desde sua edição, ao regime da L. 8.112, à exclusão de qualquer outro.

A L. 8.112 exclui do âmbito de sua aplicabilidade os servidores militares da União; em razão das características absolutamente singulares que regem a vida dos militares, não poderia, com efeito, a lei estatutária dos servidores civis albergá-los *sic et simpliciter*, e tal tentativa jamais poderia ter êxito, por absolutamente insensata e antitécnica.

Continuam os militares regidos por leis específicas, particulares, aplicáveis às Forças Armadas, não tendo sido atingidos pela L. 8.112. A própria Constituição de 1988 separou servidores civis de servidores militares em Seções diferentes, respectivamente a II e a III, no Capítulo destinado à Administração Pública — o Capítulo VII; a L. 8.112, ao excluir os servidores militares de sua abrangência, nada mais fez que observar o espírito constitucional que apartou em tratamentos distintos grupos de servidores com funções tão diversas.

A L. 8.112 menciona, ainda neste art. 1º, *autarquias em regime especial*. Deve-se procurar aplicar a ordem simplesmente aplicando-a a todas as autarquias federais, tenham elas sido enquadradas pela própria União em "regime especial" ou tenham elas merecido tal separação.

O *regime especial* das autarquias é, conforme se afirma no direito brasileiro, criação quase inexplicável da lei**[15]**, uma vez que nenhum estudioso, autárquico ou não, decifrou de bom modo qual será essa especialidade de regime, que distinguiria umas autarquias de outras. Não resta entretanto nenhum problema de aplicabilidade da L. 8.112 a qualquer autarquia federal, já que todas elas expressamente foram pela L. 8.112, art. 1º, abarcadas.

Outra observação se faz, neste momento inicial, referentemente aos servidores serventuários da Justiça, ou seja, aqueles pertencentes a cartórios, desde que remunerados com recursos da União, vale dizer: de cartórios *oficializados*. Esses servidores, ainda que não previstos como sujeitos à L. 8.112 no art. 1º, se são remunerados com recursos da União, a lei os colhe por força do que dispõe o § 5º do art. 243, dispositivo que, a seu tempo, será comentado.

Aplica-se direta e insofismavelmente a L. 8.112, como conclusão para este tópico, a todos os servidores:

a) do Executivo Federal, que não sejam regidos nem pela CLT nem pela lei dos temporários (atualmente a Lei n. 8.745, de 9 de dezembro de 1993);

b) integrantes do corpo funcional (ou *serviços auxiliares*) do Legislativo Federal, o Congresso Nacional, por suas duas Casas — Câmara de Deputados e Senado da República;

c) membros e integrantes do corpo funcional (ou *serviços auxiliares*) do Poder Judiciário Federal, com toda sua peculiar e complexíssima estrutura integrada pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça e as duas instâncias inferiores da Justiça Federal, pela Justiça do Trabalho com suas três instâncias, pela Justiça Militar Federal com suas instâncias, e pela Justiça Eleitoral com suas três instâncias, sendo todos esses órgãos ordenados

circunscricionalmente e distribuídos por todo o território nacional;

d) membros e integrantes do corpo funcional do Ministério Público da União;

e) membros e integrantes dos serviços auxiliares do Tribunal de Contas da União;

f) das autarquias federais, à exceção daquelas "especiais" corporativas, criadas e destinadas para exercer a fiscalização do exercício profissional de integrantes de profissões disciplinadas por legislação federal – e quanto a isso leiam-se os comentários pertinentes a seguir;

g) das fundações públicas federais, criadas por lei com imediata e plena personalidade jurídica de direito público, as quais independem de registro em cartório para sua completa personificação como tal;

h) membros e integrantes do corpo funcional da Advocacia-Geral da União (cf. CF/88, art. 131);

i) membros e integrantes do corpo funcional da Defensoria Pública da União (cf. CF/88, art. 134);

j) os servidores dos ex-Territórios, atuais Estados, que eram regidos, antes da promulgação da L. 8.112/90, pelo antigo estatuto dos funcionários federais, a Lei n. 1.711, de 28-1-1952 (cf. art. 243, *caput*);

k) os serventuários da Justiça remunerados com recursos da União (cf. art. 243, § 5º)**[16]**.

IV

Não será demais lembrar que resta inteiramente superada no Brasil a tese, que nunca deixou de apresentar-se incipiente e tímida, *contratualista* do vínculo laboral entre o servidor estatutário e o Estado que o admitiu.

No caso da L. 8.112 está, mais do que nunca antes, sepultada qualquer ideia de "contratualismo" entre servidor e União, uma vez que nem mesmo a

Constituição Federal impediu para o legislador que redigisse o seu art. 243, que, a seu modo, eliminou os até então existentes contratos de trabalho no serviço federal direto, autárquico e fundacional público. A natureza estatutária da L. 8.112 fica, então, comprovada e repisada, ainda que não declarada textualmente no articulado.

Todas as disposições da lei são, sem sombra de dúvida, *estatuídas* aos servidores, ou seja, outorgadas, impostas unilateralmente, estabelecidas como preceitos obrigatórios, ou, em outro termo, *decretadas*, no sentido do *statuere* ou do *decernere* latino.

Como regras constantes de lei em atenção ao princípio da legalidade a que se submete toda a atuação da Administração (CF/88, art. 37), apenas por nova lei poderão ser alteradas, com obediência, tão só, aos parâmetros constitucionais mínimos.

V

Certas profissões são regulamentadas por legislação federal. As leis regulamentadoras de profissão em geral criam órgãos de organização destas profissões, instituindo-os sob a forma de ordens de classes, conselhos ou ainda outras denominações. São exemplos a Ordem dos Advogados do Brasil, estruturada por Conselho Federal, Conselhos Seccionais, diretorias das Subsecções e Assembleia Geral dos Advogados; a Ordem dos Economistas do Brasil, provida de Conselhos Regionais; a Ordem dos Músicos do Brasil; o Conselho Federal de Engenharia e Arquitetura, que possui Conselhos Regionais, o CRAS, Conselho Regional dos Assistentes Sociais, e várias outras.

Não se confundem estes órgãos, instituídos por leis federais, com *sindicatos*, que são entidades eminentemente particulares, instituídas pelo simples registro da manifestação de vontade dos profissionais respectivos, constituídos em assembleia, no cartório de registro de pessoas jurídicas. Também não se confundem as ordens ou conselhos de profissões, muito menos ainda, com

simples *associações de classes*, que *absolutamente particulares*, detêm "oficialidade" ainda menor do que a do sindicato.

Equivocamo-nos, na 3ª edição, ao classificar, juntamente com os sindicatos e as associações de classe — que são entidades eminentemente particulares —, as Ordens, os Conselhos Federais e os Conselhos Regionais de profissões regulamentadas como entes privados, e, como tal, não sujeitos à L. 8.112. Deveu-se o equívoco, de que aqui nos penitenciamos, em parte à extraordinária falta de uniformidade que as leis criadoras apresentaram, ao longo do tempo, quanto à categorização daqueles Conselhos e Ordens como autarquias, o que precisariam, sempre, ter procedido de maneira clara e estreme de dúvidas.

Mais ainda: examinando-se a legislação instituidora dos entes fiscalizadores de exercício profissional, resta nítida a certeza de que aquelas leis em geral *não quiseram definir a natureza autárquica das entidades que criavam*, decerto para não as revestir da feição de *repartições públicas*, que não desfrutam das melhores reputações em matéria de eficiência e agilidade nas prestações que oferecem ao público. Com efeito, parecer "serviço público" deve ter sido quase tudo quanto os Conselhos tentaram evitar — até em nome de sua reputação junto aos profissionais que congregam. E com isso a indefinição quanto à sua natureza tornou-se a regra.

Apenas para exemplificar, é digno de nota que alguns Conselhos Federais, como o CFESS — Conselho Federal de Serviço Social, e os CRESS — Conselhos Regionais (resultados da transformação do antigo CFAS, Conselho Federal dos Assistentes Sociais, e os CRAS, Conselhos Regionais, que haviam sido criados pelo Dec. n. 994, de 15-5-1962), *não têm personalidade alguma ali definida* na lei instituidora, a Lei n. 8.662, de 7-6-1993, art. 7º, lei essa que apenas lhes confere *forma federativa*, o que pouco esclarece além de fazer que pareçam autarquias federais — o que, francamente, precisaria estar declarado com mais clareza.

O mesmo se afirme do CFC e dos CRCs (Conselhos Federal e Regionais de

Contabilidade), criados pelo Decreto-Lei n. 9.295, de 27-5-1946, que não os caracterizou expressamente como autarquias nem como outro ente adrede definido em direito.

A OAB, Ordem dos Advogados do Brasil (Dec. n. 19.408, de 18-11-1930, e, atualmente, Lei n. 8.906, de 4-7-1994), por sua vez, tem, segundo aquela lei e tal qual outro ente acima indicado, *personalidade jurídica e forma federativa* (Lei n. 8.906/94, art. 44), sem especificação de que natureza, e não mantém qualquer vínculo funcional ou hierárquico com a Administração pública (idem, art. 44, § 1º), sendo que o pessoal da OAB (cf. art. 79) se rege pela legislação trabalhista, e sendo ainda que aos seus servidores remanescentemente regidos pela L. 8.112 o § 1º do art. 79 da Lei n. 8.906/94, havia atribuído, transitoriamente por noventa dias, o direito de opção pelo regime da CLT, garantindo-lhes indenização de cinco remunerações, quando da aposentadoria, aos optantes, e os não optantes se colocaram em quadro em extinção na vacância dos cargos respectivos (art. 79, § 2º).

É essa acima a mais complexa situação de algum pessoal de ente controlador de exercício profissional, de quantas se tem notícia.

Outras entidades de fiscalização, como a OMB, Ordem dos Músicos do Brasil (Lei n. 3.857, de 22-12-1960), o CFB e os CRBS, Conselhos Federal e Regionais de Biblioteconomia (Lei n. 4.084, de 30-6-1962), o CFF e os CRFS, Conselhos Federal e Regionais de Farmácia (Lei n. 3.820, de 11 -11-1960), ou os CFQ e os CRQS, respectivamente o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Química (Lei n. 2.800, de 18-6-1956), foram criadas com personalidade jurídica de direito público, sem menção à palavra “autarquia”, porém resta inimaginável outra pessoa jurídica *de direito público* que não a autarquia e a fundação pública; como fundações não são, então parece inequívoca a sua natureza autárquica, nestes casos.

Outros ainda, como o CONFEA e os CREAs, respectivamente o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (Lei

n. 5.194, de 24-12-1966), o CFTA e os CRTAs, respectivamente o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Técnicos de Administração (Lei n. 4.769, de 9-9-1965), redenominados CFA e CRAS, ou sejam o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Administração (Lei n. 7.321, de 13-6-1985), os CFM e os CRMs, vale dizer o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina (Lei n. 3.268, de 30-9-1957), os CFP e os CRPs, ou o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Psicologia (Lei n. 5.766, de 20-12-1971) ou os CFF e CRFs, Conselhos Federal e Regionais de Fonoaudiologia, não se confundindo com os de Farmácia, acima citados com as mesmas siglas (Lei n. 6.965, de 9-12-1981), e mais alguns têm personalidade de direito público *e natureza de autarquias, expressamente reconhecida nas leis criadoras* — como de resto todas essas entidades deveriam ter.

O fato é que, declaradamente ou não, todas essas entidades, *se criadas por lei* — e apenas por lei — *com personalidade jurídica de direito público,* são autarquias, simplesmente porque, como já se disse há pouco, inexistem no Brasil outras pessoas jurídicas (naturalmente que não os entes federados), exceto as *autarquias* e as *fundações públicas,* que são criadas diretamente por leis locais, sem necessidade de quaisquer atos cartoriais para que ganhem personalidade de direito público, e os *partidos políticos* (cf. Lei n. 5.682, de 21-7-1971, a Lei Orgânica dos Partidos Políticos, art. 2º, ainda que seja controvertida, na jurisprudência eleitoral, a natureza de direito público dos partidos), que possam ser criadas com personalidade de direito público. Os quatro entes federados — União, Distrito Federal, Estados e Municípios —, só em si, jamais se confundiriam com quaisquer outras pessoas jurídicas de direito público interno.

Sendo as Ordens e os Conselhos autarquias, pouco importará seja sua natureza ou estrutura casualmente especial, peculiar, singular, diferenciada, ou de algum modo distinta, em alguns pormenores, das demais autarquias existentes no País. Sendo autarquias, não pode qualquer particularização eventual que acaso apresentem desnaturá-las a ponto de mudar-lhes a feição autárquica. É

dizer: por mais “estranha” ou diferenciada que seja ou pareça uma autarquia, mantém-se ela uma autarquia antes que outra pessoa, uma vez que nenhum qualificativo pode mudar a natureza essencial do ser qualificado.

E mais: sabe-se que, na aplicação do direito administrativo para esta hipótese, apesar de que revestida quase sempre de rigidez e formalismo, antes vale a natureza verdadeira dos institutos que a sua mera rotulação, ou, pior, por vezes, o *disfarce* que, por razão variada, procuram manter.

E a natureza autárquica, muitas vezes dita também *corporativa*, das Ordens e dos Conselhos de fiscalização de profissões está hoje no País reconhecida por copiosa e variada jurisprudência superior, judicial e administrativa, assim como por atos administrativos de repartições federais, sobretudo úteis quando a lei instituidora da entidade não aclara o problema.

Consulte-se, a propósito, STF, Representação n. 1.169-DF, Pleno, v. u., ac. de 8-8-1984, *RTJ*, *111*:87; STF, MS n. 10.272, ac. de 8-5-1963; TRT/SP, ac. M. 792/92-P, no MS proc. n. 574/91-P, ac. de 18-8-1992; TRF, 3ª Reg., RO n. 90.03.33977-5-SP, ac. de 14-4-1992; TRT, 3ª Reg., ac. TRT/RO n. 5.334/89, de 1º-8-1990; TCU, ac. de 12-8-1992, proc. n. 25.838/91-1; SAF, Nota n. 399/91, de 18-6-1991, cf. Parecer DRH n. 367/90; TCU, proc. n. 11.475/98-7, com menção à Súmula 110 do TCU, *DOU*, 20 abr. 1990; TCU, decisão n. 193/92, de 8-9-1992, *DOU*, 21 set. 1992, p. 13238; TCU, decisão n. 234/92, de 13-5-1992, entre inúmeras outras decisões no sentido de que os órgãos fiscalizadores do exercício profissional são efetivamente autarquias.

Disséramos, da primeira até a edição anterior, que, “se as entidades fiscalizadoras de profissão são autarquias federais, a elas *pura e simplesmente se aplica a L. 8.112*, inobstante as dificuldades que para o seu âmbito organizacional se reconheçam quanto a certos assuntos, como a concessão e a manutenção de aposentadorias dos seus servidores, tal qual impõe o art. 185, § 1º. E seja iterado, *en passant*, que o caso da OAB escapa àquela ‘camisa de força’ autarquizante, como se pôde denotar. Mas, por difícil que se apresente a

implementação da ordem legal, sobre o tema, não parece outra a necessária conclusão.

Não pode acontecer, portanto, e salvo quanto ao caso da OAB segundo sua lei expressa — que não sofreu contestação judicial que a invalidasse quanto a esse ponto do regime trabalhista para seu pessoal —, qualquer nova contratação trabalhista de servidor nas entidades autárquicas federais, fiscalizadoras de profissão ou não, mas tão só estatutária, nos moldes da L. 8.112.

Quanto aos servidores autárquicos contratados atualmente pela CLT, conhecido o teor juridicamente monstruoso do art. 243 da L. 8.112, não se recomenda cumpri-lo, transformando empregos ocupados em cargos, mas se indica, desde logo, às autoridades ou pessoas jurídicas competentes, contra a sua executoriedade, a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, conforme adiante, nos comentários ao artigo, se irá minudenciar**[17]**.

No sentido de que se aplicava o regime da L. 8.112 aos servidores das autarquias corporativas, fiscalizadoras de profissões, existe mesmo uma decisão do STF, o MS n. 21.797/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, j. 9-3-2000, Pleno, que simplesmente decretava: "III — Os servidores do Conselho Federal de Odontologia deverão se submeter ao regime único da Lei 8.112, de 1990: votos vencidos (...)".

Na prática, entretanto, o direito aplicável evoluiu, e com ele a jurisprudência que nesse meio tempo se avolumou, toda a consagrar que *o regime jurídico das autarquias corporativas não é o da L. 8.112, mas o da CLT.* Não se aplica nem se vem aplicando, com efeito e já desde algum tempo, a lei federal do regime jurídico único a Ordens e Conselhos fiscalizadores de exercício profissional, mas a legislação trabalhista pura e simplesmente**[18]**.

O fato é que o STF declarou, mais de uma vez, a *inaplicabilidade das normas de pessoal das autarquias federais* aos servidores de autarquias corporativas (CREA, OAB), uma vez que eles não são *servidores públicos em sentido estrito.*

Ora, jamais se admitiria que autarquias deixassem de ter servidores públicos em sentido estrito — aos quais se aplica, no caso federal, a L. 8.112, que em seu art. 1º se declara aplicável aos *servidores autárquicos* da União —, se não se estivesse diante de uma variedade muito peculiar de autarquias *não estatais*, ou seja, de entes que, ainda que públicos, deixam de compor o corpo do Estado.

Ora, se pela jurisprudência do STF as autarquias especiais *não precisam seguir* o regime que o estatuto federal de servidores originariamente lhes impôs, e se essas autarquias *não integram a administração pública*, então fácil se torna concluir, a esta altura da edificação jurisprudencial, que as regras constitucionais que incidem sobre tais entidades de fiscalização profissional *não são as mesmas regras constitucionais aplicáveis às autarquias comuns*, que integram o corpo primigênio do Estado.

E se, como visto na definitiva jurisprudência, nem sequer a regra do concurso público se aplica àquelas autarquias especiais, então com muito mais razão também o regime jurídico único, próprio dos servidores verdadeiramente *estatais* da União, não se aplica aos autárquicos corporativos. Retifique-se o entendimento anterior.

VI

Atualmente, e por um desses absolutamente imprevisíveis golpes do destino, passou a ser possível manter a convicção, exposta ao início deste comentário ao art. 1º, de que a erradicação dos celetistas, do serviço público federal, inaugurada oficialmente com o advento da L. 8.112, está em curso.

Com efeito, isso pareceu diferente em 4 de junho de 1998, com a promulgação da EC n. 19, que aboliu a obrigatoriedade de que o regime jurídico do servidor fosse único, e como já se reportou à abertura, na nota a esta 5ª edição. A vocação estatutarista do governo nos idos de 1990, e da própria Constituição Federal, sofreu com a EC n. 19 um revés antes dificilmente imaginável, na ocasião em que praticamente toda a Nação já se havia habituado

à ideia — técnica e sensata, e com isso desejável — do regime único, e já a praticava havia tempo, e com fundamentos dotados de plena solidez.

Mas outra vez o solerte destino golpeou a placidez do ambiente jurídico nacional, e, quando a Nação se desabituara do antigo regime único obrigatório, o Supremo Tribunal Federal, em 2007, concedendo a já referida liminar na ADIn n. 2.135-4, *inverteu a inversão de 1998*, e, ainda que provisoriamente por ora, restaurou a redação de 1988 do art. 39, *caput*, da Carta, que havia instituído o regime único obrigatório.

Como tal liminar se mantém ativa em seus efeitos até o dia de hoje — e por um prazo que nem o mais apurado colégio de profetas e de adivinhos poderia precisar —, então aquela antiga convicção de que o fim da CLT na Administração federal (direta de todos os Poderes, autárquica e fundacional) se avizinhava, atualmente restaurada do abalo sofrido em 1998 com a EC n. 19, pode ainda ser mantida. Com todo efeito, o Poder Judiciário aparenta ser mais estatutarista que o mais ferrenho deles — para agrado e alívio de legiões de autoridades e de servidores, muito particularmente no plano federal.

E com isso não se deve apostar, pensamos, no futuro do diploma trabalhista para o pessoal do serviço público federal — e não se fala do pessoal das autarquias corporativas, que não integram o serviço público conforme se examinou.

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público.

I

O art. 2º do anterior Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei n. 1.711/52) previa que a pessoa legalmente investida em cargo público se denominava *funcionário público*. A L. 8.112, consoante a técnica constitucional

de denominar a todos quanto prestem serviços à Administração federal, em caráter permanente e através de um regime jurídico, de *servidor público*, prevê que em vez de funcionário o cidadão legalmente investido num cargo público se denomine, assim, *servidor*.

Observa-se que a L. 8.112, sendo inequivocamente um *estatuto* de servidores, não mais menciona *emprego* público, como também não menciona, neste momento, *função* pública, restringindo-se à previsão de *cargos* públicos, que irá definir no artigo seguinte. *Função pública*, com outro sentido, é expressão que virá depois na lei.

II

Duas palavras chamam especialmente a atenção neste art. 2º.

A primeira é o advérbio *legalmente*. Observa-se da leitura do artigo que apenas o cidadão cuja investidura observou todos os preceitos legais (e também logicamente os infralegais, em sentido literal) relativos ao cargo respectivo pode ser considerado servidor. Desse modo, se o cidadão é investido ilegalmente em cargo público, sua investidura é ilegítima sob todo ponto de vista, e ele, em caráter definitivo e oficial, *não pode* ser considerado servidor público.

É evidentemente inadmissível a existência da figura do “servidor de fato”, assim considerado aquele cidadão investido irregularmente em cargo público, o qual foi relativamente comum no Brasil em tempos passados. De qualquer forma, em a Administração, por negligência ou incúria, por alguma razão admitindo a prática de atos de interesse de terceiros por parte de algum servidor “de fato”, compromete-se segundo esses atos, sem embargo da responsabilização, que precisa promover, de quem permitiu a existência daquele servidor, e a prática daqueles atos.

Observe-se que terceiros de boa-fé não podem ser prejudicados pela anulação de atos administrativos, de seu interesse, praticados por servidores de fato. Deve assim cuidar, rigorosamente, a Administração do preenchimento dos

requisitos legais para qualquer investidura de servidor público, risco das consequências mais incômodas e irregulares em seu direto prejuízo, do servidor e dos administrados, e pena de responsabilização de quem deu causa à irregularidade (v. CF/88, art. 37, § 6º).

Quanto aos efeitos da investidura ilegal, para o servidor eles não existem, conforme reconhecia o antigo DASP em sua Formulação n. 277 ("Nenhum direito resulta da investidura ilegal em cargo público").

III

A segunda palavra que chama a atenção no art. 2º é o adjetivo *investida*. *Investidura* é vocábulo que se aplica apenas e tão somente à hipótese de nomeação unilateral, pela Administração, de cidadão para cargo. Não se pode tratar como investidura qualquer contratação, como não se pode aplicar esse instituto à hipótese de autorização para trabalhar ou para exercer determinada atividade, sob qualquer outra espécie de vinculação, com a Administração.

Não tem sentido, diante da doutrina jurídica brasileira, a expressão "investidura em emprego" constante da própria Constituição Federal, pois, se emprego é um acordo (bilateral) de vontades, não há como imaginar uma parte investir a outra no contrato. O termo *investidura* é reservado corretamente pela L. 8.112 apenas às nomeações para cargos públicos, que são atos administrativos unilaterais.

Existe nos estatutos de funcionários, e agora também na L. 8.112, uma abundância extraordinária de institutos praticamente sinônimos. No caso da L. 8.112, a palavra *investidura* tem praticamente o mesmo sentido de *nomeação*, correspondente ao instituto previsto no art. 9º; tem também quase o mesmo sentido de posse, que está prevista no art. 13, e, por sua vez, todos esses três institutos similares, enquanto signifiquem nomeação, constituem a mesma forma de *provimento* do cargo, que é uma quarta palavra a significar quase o mesmo.

Nomeação, posse, provimento, investidura: um instituto completa e integra o

sentido do outro, sendo que se pode afirmar que, pela nomeação, o cidadão é designado para cargo público; pela posse, toma ele lugar ou assento na Administração, ocupando efetivamente o cargo no qual desse modo é investido, para o qual foi nomeado. Pela posse, oriunda da nomeação, dá-se enfim o provimento do cargo, ou seja, a sua ocupação. *Investidura, nomeação e posse* dizem respeito a atos praticados pela Administração com vista imediatamente ao servidor; *provimento* diz respeito tão somente ao cargo, para indicar se está ocupado ou não.

Temos, neste conjunto de artigos, uma clara superfetação de institutos, uma inútil sobreposição deles, que em nada contribui à precisão do texto.

IV

Não nos comove, nem deveria comover a ninguém, a a ideia, e mesmo uma eventual tendência jurisprudencial, de considerar "servidor público" apenas ao detentor de cargo público, estatuário, como se denota de alguns conhecidos acórdãos de tribunais superiores, e de alguns poucos refletidos comentários de que se tem notícia.

Não foi porque a L. 8.112 definiu servidor tão só como o agente estatutário que toda a teoria lógica do tema do servidor público, construída há muitas décadas e em pleno vigor, até porque nem poderia ser outra, foi ou será abalada.

É preciso distinguir o mero e isolado efeito que a lei do momento, naquele instante e naquela circunstância histórica, empresta a certos termos, ou a certos institutos, do sentido amplo e inafastável que sempre tiveram, independente de qual seja o estatuto "de plantão", ou de qual seja o modismo jurídico da ocasião, dentre as variadas despreocupadas frivolidades que, lamentavelmente, também o direito público alberga — por menos que pudesse ser frívolo.

Nesse sentido, cumpre preservar o sentido clássico, imorredouro e necessário da expressão *servidor público*, que não depende nem pode depender da tópica e circunstancial definição nem da Lei n. 1.711/52, nem da L. 8.112, nem de lei

outra alguma, nem pode curvar-se ao casuísmo governamental deste ou daquele momento, como se a moda do dia fosse permanecer, e como se apenas de caprichos e de modas se pudesse construir uma sólida doutrina jurídica.

Não, em absoluto. Se algum direito sólido hoje existe foi porque não terá sido ditado por modismos, malabarismos, ginásticas e acomodações forçadas da natureza dos institutos, mas, ao inverso, por atendê-la em sua feição mais essencial e invariável.

Servidor público sempre foi, é sem dúvida alguma, e ao que tudo faz crer para sempre será, o cidadão vinculado por algum regime de trabalho à Administração pública, seja qual for esse regime, e, dentro dele, seja qual for a natureza — permanente ou em confiança — daquela vinculação.

Afirmar que o *celetista* empregado da Administração não é servidor público, apenas porque a CLT não é matéria da L. 8.112 e por isso aqui neste art. 2º não foi mencionada, seria o mesmo que imaginar que o homem é uma coisa, e a criatura é outra; ou que o sistema solar constitui uma realidade, e os planetas outra, ou ainda que os membros não integram o corpo, ou que os dedos sejam realidades estranhas à mão.

Art. 3º Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.

Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão.

I

Este art. 3º constitui um desdobramento do art. 2º do antigo Estatuto dos Funcionários. Ali, *cargo* e *funcionário* eram enunciados num só artigo; agora, a

L. 8.112 definiu servidor no art. 2º, e define cargo no art. 3º; patenteia-se com isso maior preocupação, em face da matéria, pelo legislador atual.

Cargo é um conjunto de atribuições e responsabilidades. Essa definição, flagrantemente inovadora diante da clássica definição de cargo como "um lugar na Administração", teve caráter nitidamente administrativista, a preponderar sobre um sentido jurídico-formal anterior que já era tradicional no direito brasileiro.

Ainda que mais moderna que a antiga definição, esta atual, constante do art. 3º, não é bastante em si mesma para delimitar inteiramente o sentido do instituto que pretendeu definir, pois qualquer conjunto de atribuições e responsabilidades, para poder ser vislumbrado como um cargo, há de estar meticulosamente descrito em algum diploma da Administração respectiva, que em geral é um regulamento.

A lei, ao apenas criar os cargos públicos, especificando sua denominação, seu número, a natureza de seu provimento (se efetivo, se em comissão), os vencimentos respectivos, a carga horária, se for o caso, não está indicando qual o conjunto de atribuições e responsabilidades que lhe são respectivos, e com isso não completa a delimitação da noção desse cargo ao intérprete e ao aplicador da lei.

Sem a descrição das atribuições e das responsabilidades cometidas a cada cargo, portanto, não se tem completa a configuração do mesmo cargo, verificando-se assim que apenas a lei não completa o sentido ou a integral intelecção da expressão *cargo público*, como definido pela L. 8.112.

II

Somente *a lei* cria cargos para o Executivo, o que é disposição profundamente salutar no âmbito da Administração, tendente a manter o controle do Congresso Nacional sobre o número de cargos pretendidos pelo Executivo. Diferente é o caso do Congresso Nacional, que cria cargos por *resolução* —

ainda que precise posteriormente de lei para lhes indicar os respectivos vencimentos, por força do que dispõe o art. 51, IV, e o art. 52, XIII, ambos da Constituição alterada pela EC n. 19/98 —, fazendo-os quanto à criação escapar assim ao crivo do Executivo, Poder esse que elabora o orçamento e que, assim, mais de perto conhece os recursos que atenderão às despesas unilateralmente instituídas pelo Parlamento.

Observa-se, portanto, que o Congresso tem controle e ação sobre os cargos do Executivo, mas este não o tem, completo, sobre os cargos criados nem pelo Senado nem pela Câmara dos Deputados, o que revela, por força de sistemática da própria Constituição, tratamento profundamente injusto, por desigual, a dois Poderes do Estado**[19]**.

III

Se anteriormente à EC n. 19/98 apenas cidadãos *brasileiros* podiam ter acesso a cargos e empregos públicos a partir da edição da Constituição de 1988 e por força do que dispunha o inc. I do seu art. 37, entretanto após editada aquela Emenda o cenário se alterou — e felizmente — para menos xenófobo e mais atento a necessidades reais do nosso serviço público.

Em verdade a L. 8.112 ainda não contemplou a alteração constitucional como precisaria ter feito, pois que este art. 3º está baseado na redação originária, de 1988, do inc. I do art. 37 constitucional, que simplesmente fechava as portas dos cargos públicos a estrangeiros, reservando-os a cidadãos brasileiros. Com a EC n. 19/98, a lei federal poderá estabelecer casos em que os estrangeiros poderão ocupar cargos públicos em nosso país, e nessa ocasião restará evidente que a restrição a estrangeiros, que até hoje a L. 8.112 mantém, tornou-se inconstitucional, por restringir o direito que a Carta possibilitou à lei específica abrir aos estrangeiros.

Nada impediria, por outro lado, que a própria L. 8.112 cuidasse do assunto, e fixasse, muito ampla a generalizadamente, aquelas regras de admissibilidade de

estrangeiros; formalmente nada o impede, ainda que se reconheça que o tema poderá revelar-se mais extenso do que conviria a um disciplinamento no próprio estatuto dos servidores, que é a L. 8.112, de modo que muito provavelmente uma lei específica melhor se desincumbiria da tarefa.

Como — afora a Lei n. 9.515, de 20-11-1997, e apenas para o caso de *professores, técnicos e cientistas* estrangeiros, o que será visto nos comentários ao art. 5º — inexiste até o momento essa lei para a generalidade dos casos e das carreiras, então a eficácia do dispositivo favorável a estrangeiros corolariamente também ainda não existe, contida como está até a expedição daquele diploma. Uma lei como tal seria aliás muito bem-vinda, já que os estrangeiros têm quase tudo a nos ensinar em praticamente todas as matérias já criadas pelo homem desde seu surgimento na face do planeta.

De qualquer modo, ocorreram casos de estabilizações de servidores estrangeiros no serviço público federal, os quais evidentemente estão e estiveram a salvo da inédita previsão constitucional de 1988, que foi repetida pelo parágrafo único do art. 3º da L. 8.112, quanto aos seus empregos.

Estrangeiro estabilizado pela Constituição de 1988 em emprego público da União evidentemente nele tem direito a permanecer enquanto queira, ou até aposentar-se. Mas, quanto a lei específica prevista no inc. I do art. 37 constitucional, não for promulgada, somente brasileiros poderão ingressar nos quadros estatutários permanentes, e mesmo nos quadros em comissão, porque nenhuma distinção existe nem na lei nem na Constituição quanto a isso, do pessoal do serviço público da Administração direta, fundacional pública e autárquica federal (como de resto estadual e municipal, já que a Constituição neste ponto é oniabarcante)**[20]**.

IV

Cada cargo público federal precisa ter denominação própria, que o distinga de outros cargos e impeça sua confusão com quaisquer outros postos de trabalho.

A organização dos Ministérios precisará prever, em quadros de pessoal e nas tabelas que os compõem, uma denominação, seguida ou integrada por características particulares que, de qualquer maneira, impeçam confusão, sinonímia indesejável ou baralhamento de cargos de um Ministério, ou de uma sua repartição, ou de uma entidade, com os de outros.

Quanto às autarquias, o problema será consideravelmente menor, devendo os quadros e as tabelas indicar tantos característicos nominativos dos cargos quantos forem necessários para identificá-los a salvo de confusão, e o mesmo se diga quanto às fundações públicas, entidades essas que em geral possuem quadro de pessoal bem menor, em quantidades e espécies de cargos, que os Ministérios.

V

As tabelas dos quadros de pessoal da União farão constar, em seguida à especificação dos cargos, determinados vencimentos, expressos na moeda corrente do Brasil, os quais, constando dessas tabelas, já indicarão que serão pagos pelos cofres públicos, este constituindo importante característico do cargo público. Pela origem pública dos recursos afetos ao seu pagamento delimita-se a natureza pública dos cargos, em oposição a empregos particulares, mantidos com recursos da iniciativa privada.

VI

O provimento dos cargos públicos pode ter caráter efetivo ou caráter em comissão.

Caráter *efetivo* é aquele que a lei empresta aos cargos providos por concurso público, e em seguida *nomeação*, *promoção, readaptação, reversão, aproveitamento*, *reintegração* ou, por fim, por *recondução,* tudo segundo os arts. 8º e seguintes da L. 8.112, que não mais consignam a ascensão e a transferência. Comentar-se-á o que significa a natureza efetiva do cargo público quando do inc. I do art. 9º.

Provimento *em comissão* de cargo público significa aquele preenchimento do cargo por cidadão livremente escolhido e indicado pela autoridade competente, que pode ser o Presidente da República, que pode ser Ministro de Estado, presidente de fundação, diretor de autarquia, ou outra, indicada na lei ou em ato infralegal.

Quem é livremente indicado e escolhido é também livremente exonerado, e assim o ocupante em comissão de qualquer cargo público não goza da garantia de *estabilidade*, própria dos cargos de provimento efetivo, tudo em obediência ao disposto no inc. II do art. 37 da Constituição Federal.

> *Art. 4º É proibida a prestação de serviços gratuitos, salvo os casos previstos em lei.*

Este artigo veda que a Administração se locuplete dos serviços não remunerados que qualquer cidadão poderia prestar-lhe, salvo em hipóteses previstas em lei.

Traduz, para o âmbito do serviço público federal, as garantias aos trabalhadores dadas pela Constituição, art. 7º, II (salário mínimo), VII (garantia de salário) e X (proteção do salário), todos esses incisos a assegurar que o salário é o *primeiro* direito do trabalhador; verteu essa garantia, a L. 8.112, para os servidores públicos da União, através do art. 4º.

A única exceção que a L. 8.112 admite à regra da obrigatória remunerabilidade do serviço público federal é a de "casos previstos em lei". Tais casos são aqueles denominados "de relevante utilidade pública", ou "de relevante interesse público", conforme inúmeras leis referem, ou ainda aqueles casos de participação do cidadão em comissões instituídas pelo Poder Público, para os mais variados fins. Significa ainda a exceção o caso do serviço em júri ou do trabalho em eleições, campanhas, serviço militar obrigatório ou outros serviços ocasionalmente necessários à União, cuja natureza excepcional ou ocasional não

justifica criação de cargos.

O traço comum entre os serviços gratuitos que o cidadão pode (e às vezes precisa) prestar à União é exatamente o da sua ocasionalidade, excepcionalidade, eventualidade, que em tudo escape à rotina, à vinculação permanente, ao regime jurídico, à profissionalidade. Denotando-se qualquer dessas características últimas (nexo de habitualidade, profissionalismo, não eventualidade), será caso de a União criar cargo, por Lei, e nele investir servidor, e não para valer-se de serviço gratuito prestado pelo cidadão, pois somente justifica a gratuidade aquela característica não rotineira do serviço, de que dá exemplos o rol antes indicado.

Importante frisar que serviços gratuitos o cidadão os presta *como cidadão*, sem a qualidade de servidor público. Desse modo, apenas em hipóteses previstas em lei, excepcionais, o tempo de serviço gratuito será computado, em favor do cidadão, para qualquer fim (como aposentadoria, p. ex.). Enquanto jurado, ou recruta, ou mesário, portanto, o cidadão *não* é servidor público, mas particular em colaboração com a Administração, e, como tal, não tem contado aquele tempo de mera colaboração como de serviço público, para nenhum efeito.

A ilustre Desembargadora Federal Vera Lúcia Jucovsky, do TRF 3ª Reg., foi relatora da AC n. 95.03.015970-9/MS, 2ª T., *DJU* 22-3-2000, e a responsável pela decisão de que “É devida indenização correspondente ao lapso temporal verificado entre a publicação do ato de aposentação e sua ciência, sob pena de se caracterizar a prestação de serviço gratuito, cuja prática é vedada por expressa disposição legal (art. 4º da Lei n. 8.112/90)”.

Título II

DO PROVIMENTO, VACÂNCIA, REMOÇÃO, REDISTRIBUIÇÃO E SUBSTITUIÇÃO

Capítulo I

DO PROVIMENTO

Seção I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público:

I - a nacionalidade brasileira;

II - o gozo dos direitos políticos;

III - a quitação com as obrigações militares e eleitorais;

IV - o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo;

V - a idade mínima de 18 (dezoito) anos;

VI - aptidão física e mental.

§ 1º As atribuições do cargo podem justificar a exigência de outros requisitos estabelecidos em lei.

§ 2º 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.

§ 3º As universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica federais poderão prover seus cargos com professores, técnicos e cientistas estrangeiros, de acordo com as normas e os procedimentos desta Lei. (§

3º incluído pela Lei n. 9.515, de 20-11-1997.)

I

O art. 5º fixou os requisitos básicos para investidura em cargo público. Trata-se de requisitos *mínimos*, que a palavra *básicos* está a indicar. Nada impede que a lei, de modo constitucional e não discriminatório, indique, a cada caso, outros requisitos, mas a L. 8.112, como denominador comum de exigências à investidura em cargos públicos, estabeleceu seis requisitos:

1º) *Nacionalidade brasileira*. Trata-se, como já se mencionou, de requisito constitucional: o inc. I do art. 37 da CF/88 é que o exige. O cidadão, para candidatar-se a cargo público, ou para poder ocupar cargo de provimento em comissão, há de ser brasileiro, quer nato, quer naturalizado (v. CF/88, art. 12, § 2º), não podendo ser deferida inscrição, para concurso público, de cidadão estrangeiro, nem podendo, em verdade, a autoridade brasileira convidar estrangeiro para ocupar cargo de provimento em comissão dos quadros da União. A nacionalidade se prova com o registro geral (carteira de identidade, cédula de identidade) em algum dos Estados da União, ou pelo título de eleitor (cf. art. 14, §§ 2º e 3º).

2º) *Gozo dos direitos políticos* é a capacidade de o cidadão brasileiro eleger ou ser eleito, salvo se ocorrente alguma das hipóteses de inelegibilidade prevista na Constituição (art. 14) ou na Lei de Inelegibilidades, que não configure a cassação dos direitos políticos.

A teor do inc. II do art. 5º, não poderá ser investido em cargo público aquele que tiver cassados os seus direitos políticos, por cometimento de crime eleitoral ou por condenação principal ou acessória nesse sentido. Esta é disposição que está inspirada no ranço de autoritarismo de que a história recente do País se recorda, pois em rigor de verdade não parece em princípio ser necessário o pleno gozo dos direitos políticos a qualquer cidadão como indispensável à sua investidura em cargo público. De todo modo, qualquer cidadão que teve

cassados seus direitos políticos pode requerer a declaração da anistia respectiva, por força do art. 8º do ADCT da CF/88, recuperando seus direitos políticos.

3º) *Quitação com obrigações militares e eleitorais*. Intimamente relacionada com o inciso anterior, esta exigência se refere no primeiro momento à prestação do serviço militar obrigatório, quando é o caso (se não é o caso de dispensa de incorporação), e em seguida à obrigação eleitoral, ou seja, de votar nas eleições para os mandatários políticos. Não poderá investir-se em cargo público cidadão em falta ou com suas obrigações militares ou com suas obrigações eleitorais, ambas as quais poderão ser comprovadas pela apresentação da documentação militar (certificado de dispensa de incorporação ou certificado de reservista) e eleitoral (comprovante de que o cidadão votou nas eleições tais ou quais).

Trata-se de exigências tradicionais no direito brasileiro, que seguramente serão mantidas enquanto o voto for obrigatório ao brasileiro, bem como o serviço militar. Não deixam de constituir formas de *fiscalização*, sobretudo pelo Executivo federal civil, do cumprimento, pelos candidatos a cargos públicos, daquelas obrigações.

4º) *Nível de escolaridade* exigido para o exercício do cargo. Esta exigência encontra respaldo na melhor técnica de criação de cargos públicos, pois a escolaridade é o primeiro requisito realmente relevante no que respeita às *atribuições do cargo*, enquanto as três primeiras exigências do art. 5º (incs. I, II e III) se referem à *pessoa* do candidato.

O quadro, ou a tabela, que crie "sinoticamente" o cargo precisa indicar qual o nível de escolaridade exigido para o seu provimento, nível esse sem o qual será indeferida liminarmente inscrição do candidato ao concurso público respectivo, se cargo efetivo, ou sem cuja satisfação pelo cidadão ficará proibida a autoridade de convidá-lo para ocupar cargo em comissão. A lei pode e *deve*, em boa técnica, fixar requisitos específicos para cargo em comissão.

Não é apenas à divisão em "grau" de ensino (alfabetização, 1º grau, 2º grau, nível superior) que o inciso se refere, pois, além dessa primeira e básica

separação de níveis, pode a lei (e deve, na melhor técnica), exigir, em muitos casos, que a escolaridade seja específica para cada cargo, conforme exijam as atribuições a serem desempenhadas, muitas das quais são privativas daquela profissão, por força de regulamentação dada por leis federais.

Tendo o cargo as atribuições descritas em lei federal regulamentadora de profissões ou não, o fato é que a lei federal que crie cargo precisará indicar, atenta às suas características peculiares, qual o *nível* e a *espécie* de escolaridade exigida para o seu provimento, podendo conter exigências até mesmo de grau intermediário entre dois níveis contíguos de escolaridade, como, por exemplo, a exigência de que o candidato comprove "estar cursando o 2º grau", ou "estar em curso superior, de matéria x".

De qualquer modo, com clareza a lei que crie cargos precisará indicar todos os elementos de escolaridade que exija para o provimento dos mesmos cargos, porém fique claro: o *provimento* do cargo, e não fase anterior (como a do concurso, p. ex.), é que exige a escolaridade. No momento do provimento, e não antes, precisará ela ser demonstrada por diplomação hábil.

E já decidiu sobre esse tema o TRF-1ª Reg., AMS n. 1997.01.00.003367-6/DF, 1ª T., *DJ*, 4-12-2000, assim: "A Lei n. 8.112/90 abrandou a exigência da comprovação de nível de escolaridade no ato de inscrição em concurso público, à vista do disposto no art. 5º e inciso IV, combinado com o art. 7º do referido Diploma Legal, cuja interpretação evidencia que tal prova pode ser feita na investidura do cargo, com a posse. Precedentes da turma (AMS n. 94.01.32693-2/DF, AMS n. 96.01.24413-1/DF)".

5º) *Idade mínima de dezoito anos*. Esta é a idade em que o cidadão adquire *imputabilidade penal* por força do art. 27 do Código Penal, e atualmente é também a idade em que adquire maioridade civil, pois que o Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002), art. 5º, assim o estabeleceu.

Se o que originariamente a L. 8.112 pretendeu, ao fixar a idade de dezoito anos como mínima para o servidor, foi que aquele tivesse imputabilidade penal,

e não necessariamente capacidade civil plena, com a recente alteração do Código Civil tanto a maioridade civil quanto a plena responsabilidade penal passaram a coincidir, iniciando-se ambas aos 18 anos do cidadão. E a estranhável e indesejável discrepância que existia entre ambas essas idades desapareceu, o que sem dúvida "arredondou" para o mundo jurídico esta previsão da L. 8.112.

A comprovação da idade mínima de dezoito anos pode ser feita pela apresentação de qualquer documento de fé pública, e atinge a exigência apenas *o momento da investidura* no cargo, vale dizer, para quando for o servidor tomar posse do cargo; quando for empossado no cargo o cidadão precisará comprovar essa idade. Nada impede que um menor de dezoito anos preste concurso público; caso aprovado e convocado, só poderá tomar posse se nesse interregno completar dezoito anos. O que não pode, em hipótese alguma, é investir-se em cargo público sem demonstrar ter completado a idade mínima.

Sobre esse assunto assim deliberou TRF-1ª Reg.: "1. A idade mínima de dezoito anos é requisito para a investidura em cargo público, não podendo ser exigida no momento da inscrição do candidato no certame. 2. A habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigida no momento da posse' (STF, RE n. 184.425-6)". In REO n. 2000.40.00.001113-1-PI, 5ª Turma, *DJ*, 12-7-2002.

6º) *Aptidão física e mental*. É absolutamente imprescindível que o candidato a cargo público federal seja sadio física e mentalmente, salvo na hipótese do deficiente físico a que se refere o § 2º do art. 5º.

Aptidão física se atesta por exame médico determinado pela própria União, através de juntas médicas, na forma do art. 14 da L. 8.112. Os candidatos aprovados em concurso público precisarão ser submetidos a exame médico, antes da posse. Quanto aos candidatos ou indicados a cargo em comissão, a eles a exigência é também abrangente, ainda que se saiba quão negligenciada, pela própria natureza em comissão do cargo, vem sendo ao longo do tempo.

Sobre a exigência de aptidão mental, logicamente exigível para qualquer servidor, pode ela ser apurada na mesma ocasião do exame médico procedido

pela União. Dependerá exclusivamente de critérios técnicos e científicos atestar a *suficiência* do candidato quanto a dotes físicos e mentais, pois é bem sabido que ambas essas características variam infinitamente, em quantidade e qualidade, entre as pessoas; a junta médica do serviço público irá indicar apenas, com seu atestado positivo, que o candidato possui aptidão física e mental para prover cargo público, ou inversamente, que não possui uma ou outra, ou ambas.

Em tal hipótese acontecendo, isso impedirá a nomeação do candidato. Não tem sentido, por outro lado, nomear o candidato que ainda não se submeteu a exame médico para somente após verificar aquela aptidão, pois, se negativa, exigirá da Administração a dispensa do servidor, o que contrariaria o mais primitivo senso de organização.

II

O § 1º do art. 5º esclarece que as atribuições dos cargos criados e eventualmente postos em concurso podem exigir, para o seu provimento, que o candidato comprove escolaridade específica, peculiar da profissão. Já se disse que escolaridade específica tem relação, em grande parte das vezes, com a *regulamentação* que várias profissões tiveram no Brasil, através de leis federais, em razão do que dispõe a Constituição Federal, art. 22, XVI. Tais regulamentações se multiplicam continuadamente.

São as mais variadas possíveis as exigências peculiares que a lei pode exigir, nas tabelas dos cargos, como requisitos indispensáveis para o seu provimento. Variam desde exigências relativas e paralelas ao 1º grau, mais raras, até exigências de especializações que se somam a títulos de nível universitário, como é o caso, por exemplo, de profissionais de supervisão e coordenação de ensino, ou diretores de ensino, dos quais a lei exige uma soma de especializações que se acrescem à sua formação universitária específica.

O STJ já decidiu que “1. É inconstitucional a exigência editalícia de estatura mínima para candidato a cargo de Oficial de Saúde da Polícia Militar de Minas

Gerais. 2. Tal requisito, imposto apenas para o ingresso na corporação como praça, não guarda compatibilidade com o Estatuto do Pessoal da Polícia Militar daquele Estado". In RMS n. 1643-MG, 2ª Turma, *DJ*, 21-6-1993.

Quando a lei exige o preenchimento desses requisitos, deve o candidato ao provimento (por qualquer forma daquelas previstas no art. 8º) demonstrar possuir aquela escolaridade, sem a qual estarão fechadas as portas ao mesmo provimento, para qualquer servidor ou cidadão. Naturalmente as atribuições do cargo é que determinarão a natureza das exigências peculiares, bem como o seu grau e o seu nível.

As atribuições dos cargos públicos devem figurar, na melhor técnica, descritas e enumeradas sistematicamente em regulamento, uma vez que a lei é diploma de excessiva generalidade para descer a tais minúcias, e mesmo porque são eles mutáveis ao longo do tempo, segundo a mutação da lei que as impôs.

O regulamento de descrição de atribuições dos cargos públicos é um diploma de vital importância para a organização de qualquer repartição ou entidade, uma vez que, sem conhecer as atividades que deve desempenhar, não pode o servidor bem executar o que quer que seja, nem pode a Administração dele exigir a prestação de serviços que ela apenas supõe quais sejam. Com efeito, somente pelo preciso e minucioso detalhamento das atribuições de cada cargo, procedido em regulamento, se completa a delimitação da noção do próprio cargo, dentro da entidade ou do órgão da Administração.

III

O § 2º do art. 5º deu cumprimento à ordem constitucional prevista no art. 37, VIII, que estabelece a obrigação de que a lei local, ou de âmbito local, como é o caso da L. 8.112 (circunscrita ao serviço federal), reserve determinado percentual de cargos públicos a pessoas portadoras de deficiência e, também manda a Constituição, defina os critérios de sua admissão.

Este § 2º não poderia ter sido mais genérico e evasivo. Fixou o percentual de

até 20% das vagas oferecidas para cada cargo posto em concurso, cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que os candidatos sejam portadores. Tal artigo clama por urgentíssima regulamentação, onde fatores essenciais à sua exequibilidade sejam especificados, tais como:

a) quais as deficiências, e de que natureza, são admitidas para cada cargo;

b) como serão atestadas essas deficiências;

c) se os deficientes precisarão sempre submeter-se a concurso público, ou se existe possibilidade de nomeação independente de concurso;

d) quanto por cento das vagas, conforme a natureza de cada cargo, será efetivamente destinado a preenchimento por deficientes, e se os deficientes terão acesso a planos de carreira e a outras formas de provimento que não a nomeação (provimentos não originários, às vezes denominados “derivados”);

e) quais as vantagens e os direitos funcionais assegurados aos deficientes físicos;

f) quanto a deficientes mentais, até que ponto pode ser compatível algum cargo público com alguma deficiência mental, presumivelmente leve e não incapacitante;

g) até que ponto se estende o título referente ao processo administrativo disciplinar, e à responsabilidade de servidores, aos deficientes.

Assim como essas, inúmeras outras particularidades somente um acurado e preciso regulamento poderá esclarecer.

Trata-se de um artigo sem a mínima condição de auto-executoriedade, de eficácia absolutamente contida pela falta de regulamentação, à qual o artigo, com sua técnica fraquíssima, nem sequer se refere. Parece ter sido o parágrafo redigido às pressas, apenas para dar cumprimento a mandamento constitucional, já que assunto tão importante jamais poderia ter sido tratado com semelhante rapidez e frivolidade pela lei. Esta, com todo efeito, precisaria ter disposto sobre maior número de institutos, e disposições capitais acerca do serviço de

deficientes na Administração federal.

Decidiu sobre isso o STJ no sentido de que “Deve o administrador reservar percentual das vagas destinadas a concurso público, às pessoas prestadoras de deficiência, nos limites estabelecidos em lei, regulando o acesso quanto à compatibilidade das atribuições do cargo e as deficiências de que são portadoras (CF, art. 37, inciso VIII e Lei n. 8.112/90, art. 5º, § 2º)”. RMS n. 2.480-5-DF, 5ª Turma, *DJ*, 15-9-1997.

IV

Foi acrescido pela Lei n. 9.515, de 20-11-1997, o § 3º a este art. 5º. Por esse dispositivo podem ser admitidos professores, técnicos e cientistas estrangeiros às universidades públicas federais, assim como às entidades federais de pesquisa científica e tecnológica, tudo de acordo com as normas e os procedimentos da L. 8.112.

Isso significa que os cidadãos estrangeiros que detenham aquelas condições, e as possam documental e suficientemente comprovar às autoridades brasileiras, poderão ocupar cargos públicos, cujo regime jurídico é o da L. 8.112, nas entidades que o § 3º menciona. E, se podem ocupar cargos, assim simplesmente sem qualquer especificação, tais cargos podem ser tanto de provimento efetivo quanto em comissão.

No primeiro caso precisarão os estrangeiros submeter-se a concursos públicos, e no segundo bastará a indicação da autoridade. O que fez a lei neste caso foi simplesmente destravar o irremovível obstáculo que existia à admissão de estrangeiros, o que foi possível depois que a EC n. 19/98, alterando o inc. I do art. 37 da Carta, permitiu que lei federal o fizesse. É este um primeiro passo para o disciplinamento amplo e geral do assunto, que não restrito apenas a esta apertada hipótese.

Observe-se que a lei neste ponto não remeteu sua eficácia a nenhum regulamento ou outra condição que não *existir lei* indicando como podem os

estrangeiros ser servidores públicos no Brasil, e no momento a previsão legal se resume a este § 3º deste art. 5º, de plena eficácia e imediata portanto.

O STF decidiu sobre esse tema do seguinte modo, no RMS n. 26.071/DF, j. 13-11-2007, 1ª Turma: "CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA VISUAL. AMBLIOPIA. RESERVA DE VAGA. INCISO VIII DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. § 2º DO ART. 5º DA LEI N. 8.112/90. (...) 1. O candidato com visão monocular padece de deficiência que impede a comparação entre os dois olhos para saber-se qual deles é o 'melhor'. 2. A visão univalente — comprometedora das noções de profundidade e distância — implica limitação superior à deficiência parcial que afete os dois olhos. 3. A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988. 4. Recurso ordinário provido".

Art. 6º O provimento dos cargos públicos far-se-á mediante ato da autoridade competente de cada Poder.

Este artigo remete a competência para prover os cargos públicos a diversas autoridades, que podem ser de segundo ou mesmo de terceiro nível na Administração direta, e de primeiro ou de segundo nível nas autarquias e nas fundações públicas.

O artigo visa evidentemente descentralizar e distribuir a atribuição de prover cargos entre as diversas autoridades responsáveis pelas repartições que deles necessitam, e onde eles são lotados; de outra forma, se se reservasse sempre ao Presidente da República o provimento de todo e qualquer cargo da Administração direta da União, talvez não restasse tempo à primeira autoridade do País para desempenhar suas mais importantes atribuições.

Desse modo, cada entidade autárquica ou fundacional, e cada Ministério,

poderá editar atos regimentais onde, autorizadamente por este art. 6º, se fixará qual é, a cada caso, a autoridade competente para prover os cargos públicos respectivos.

Observa-se que, além da previsão quanto ao Executivo federal, o artigo mencionou cada Poder do Estado. Tal significa que também o Poder Legislativo precisará dispor sobre a competência para prover seus cargos, dentro, separadamente, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, e o mesmo se diga quanto ao Poder Judiciário federal, onde os Tribunais superiores deverão igualmente regulamentar, *interna corporis*, sobre a competência para prover seus cargos.

A redação do artigo é também por demais sumária, nem sequer se referindo a fundações ou autarquias; não se deve olvidar nunca de que a L. 8.112 abrange autarquias e fundações públicas, cuja vida em inúmeros pontos difere quase que por inteiro daquela dos Ministérios e da Administração centralizada da União. Evidentemente, entretanto, cada uma das entidades descentralizadas deverá aplicar para o seu âmbito o mandamento, de outro modo salutar, do art. 6º. Regulamentos sempre poderão ser editados, sobre o assunto que for, inclusive este; apenas é certo que para este caso regulamento algum se faz necessário para o pleno exercício da admissibilidade de estrangeiros no serviço público nacional, na forma aqui estabelecida.

Art. 7º A investidura em cargo público ocorrerá com a posse.

Este artigo, conforme se afirmou anteriormente, demonstra que o legislador federal ainda não foi capaz desta vez de abolir a abundância de institutos símiles, pois poderia ter perfeitamente eliminado ou o da *investidura* ou o da *posse*, bem como poderia ter invertido este artigo, fixando que a posse se dará com a investidura. Neste particular os dois institutos representam absolutamente o mesmo momento na vida do servidor, e na sua relação com a Administração.

Posse é o ato de o servidor assumir o seu cargo, e se materializa em geral pela assinatura do livro de posse, ou de registro semelhante, pelo servidor na Administração. Por essa assinatura toma ele posse de seu cargo, ou seja, nesse ato a Administração o investe naquele cargo; pode-se dizer também que o servidor se investe naquele cargo, o que evidencia a abundância de palavras com o mesmo significado. De qualquer modo o sentido literal do dispositivo é o de que enquanto não tomar posse no seu cargo o cidadão nele não estará investido.

O STF deliberou que

"A nomeação é ato de provimento de cargo, que se completa com a posse e o exercício. A investidura do servidor no cargo ocorre com a posse, que é *conditio juris* para o exercício da função pública, tanto mais que por ela se conferem ao funcionário ou ao agente político as prerrogativas, os direitos e os deveres do cargo ou do mandato. Sem a posse ou provimento não se completa, nem pode haver exercício da função pública.

É a posse que marca o início dos direitos e deveres funcionais, como também, gera as restrições, impedimentos e incompatibilidade para o desempenho de outros cargos, funções ou mandatos. Com a posse, o cargo fica provido e não poderá ser ocupado por outrem, mas o provimento só se completa com a entrada em exercício do nomeado, momento em que o servidor passa a desempenhar legalmente suas funções e adquire as vantagens do cargo e a contraprestação pecuniária devida pelo Poder Público" (*RTJ*, *164*:293).

E foi do TRF-2ª Reg. a decisão de que "A licença à gestante é um direito e a gravidez não pode se transformar em fato para prejudicar a mulher, fazendo com que seja considerada inapta em exame de saúde admissional e redundando no adiamento da posse em cargo público" (AMS n. 22.714, 3ª Turma, *DJ*, 26-9-2000).

A posse somente ocorrerá após convite pela Administração ao servidor, o que estará autorizada a fazer, quanto aos cargos de provimento efetivo, convocando os aprovados e classificados em concurso público, pela ordem rigorosa de

classificação, e, quanto aos cargos em comissão, convidando-os livremente a autoridade competente, para provê-los.

Nesses casos a Administração concede um prazo para que o cidadão aprovado em concurso tome posse de seu cargo, ou para que o cidadão livremente escolhido tome posse de seu cargo em comissão; escoado aquele prazo, no primeiro caso a Administração deverá considerar como desistência da posse a ausência injustificada do concursado, e como desistência do cargo em comissão a ausência do cidadão para ele convidado (hipótese nem um pouco provável). Tais convocações hão de ser procedidas por escrito, em ato no qual a Administração decline o prazo e o efeito do seu descumprimento, e publicadas.

Deliberou o TRF-5ª Reg., 1ª Turma, em decisão publicada no *DJ*, de 25-6-1999, na p. 805, que "Se a Administração realiza um demorado e custoso concurso público é porque tem interesse na aquisição de pessoal habilitado para os seus serviços. Deve, portanto, envidar esforços para que todos os aprovados sejam informados da nomeação e tomem posse. Criar-lhes obstáculos, sobretudo quando os mesmos residem em localidades remotas e têm pouco acesso às publicações oficiais, não se justifica dentro dos parâmetros administrativos modernos".

O que ressalta, por fim, recordar a propósito do instituto da investidura é que significa ele única e tão somente *o ganho da condição de servidor público* pelo cidadão que ainda não é servidor. Somente pela posse ou pela nomeação um cidadão se investe num cargo público, pois todas as demais formas de provimento previstas no art. 8º, vale dizer desde a promoção até a recondução (incs. II a IX do art. 8º), *não são* formas de investidura, pois apenas servidor público pode a elas concorrer, não o podendo o cidadão que não detenha tal condição.

Pela investidura, portanto, quem *não* é servidor passa a sê-lo, e, assim sendo, a "primeira investidura", a "segunda investidura", a "décima quinta investidura" significam que, respectivamente, pela primeira vez o cidadão passou à condição

de servidor, e que pela segunda vez ganhou esta condição, e que pela décima quinta vez, após ter ingressado quatorze vezes e se desligado quatorze vezes, o cidadão ganha a condição de servidor. Não tem nem pode ter outro sentido o instituto jurídico dá investidura em cargo público.

Art. 8º São formas de provimento de cargo público:

I - nomeação;

II - promoção;

III - (ascensão, que existia e foi revogado pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997);

IV - (transferência, que existia e foi revogado pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997);

V - readaptação;

VI - reversão;

VII - aproveitamento;

VIII - reintegração;

*IX - recondução**[21]*.

I

O art. 7º cuidou de investidura e de posse. Este art. 8º enumera as nove hipóteses possíveis de provimento dos cargos.

Provimento significa preenchimento, *ocupação*, e tão somente pelas atualmente — porque eram *nove* antes da Lei n. 9.527, de 10-12-1997 — hipóteses enumeradas os cargos públicos são ocupados ou preenchidos. Trata-se de um elenco evidentemente exaustivo, taxativo, fechado, o *numerus clausus* conhecido da doutrina, rol que não admite outras hipóteses nem quaisquer ampliações.

Apenas, portanto, pelas hipóteses enumeradas no art. 8º se proveem os

cargos públicos na União, nas fundações públicas e nas autarquias federais, à exceção de qualquer outra (não deixando de causar estranheza a menção, no parágrafo único do art. 10, ao *acesso*, que constituía outra modalidade). A nova lei de carreiras irá, naturalmente, reformular o instituto.

II

Nomeação é a primeira forma de provimento do cargo público; este assunto vem cuidado nos arts. 9º e 10.

Por esse ato a autoridade competente nomeia alguém para prover cargo público, seja em caráter permanente (cargos efetivos), seja em caráter precário (cargos em comissão). Pela nomeação o cidadão ingressa no serviço público ativo: esse é o ato, por excelência, que o entroniza no quadro do pessoal do serviço público, neste caso, federal. A palavra serve indistintamente para cargos efetivos e cargos em comissão, para os quais o cidadão é nomeado.

A nomeação é materializada, regra geral, pela publicação do nome do cidadão na imprensa oficial (*Diário Oficial*), para em prazo certo tomar posse, pena de desistência. E pela posse se investirá o nomeado no cargo público. Observa-se outra vez a íntima relação entre os três institutos ventilados nos arts. 7º e 8º, I.

A nomeação é tida como o ato de provimento inicial, ou inaugural, ou originário, ou primário, do cargo público, uma vez que não se concebe ato anterior à nomeação como apto a prover cargo.

Vejam-se, sobre mais, os comentários aos arts. 9º e 10.

III

Promoção é evolução na carreira. Frequentemente se empregam sinônimos, nas leis de organização de pessoal, da palavra *promoção*, como, por exemplo, acesso, ascensão ou ainda outras, sendo que basicamente todas têm significado parecido, importando a definição que a cada caso a lei dê a cada instituto.

Existem atualmente decretos sobre esses institutos.

Promoção significa subida, desenvolvimento, progressão, e não pode existir tecnicamente promoção se não existir, previamente instituída pela lei, a carreira que a permita. Promoção fora da carreira tem o mesmo sentido de um trem fora de seus trilhos; os trilhos, ou a carreira, são condição indispensável à configuração do instituto: a passagem de um grau da carreira para outro superior, dentro da mesma carreira, é o que a caracteriza.

A lei que mencione promoção, ou que a institua, deverá indicar as carreiras respectivas onde poderá ocorrer; a periodicidade da promoção; as condições em que ela deve ou pode ocorrer; os requisitos exigidos do servidor candidato à promoção; quem a promove, se a autoridade, se uma comissão; existindo comissão, como se compõe; qual o mandato e a forma de eleição de seus membros, e como se dissolve; e todos os demais elementos indispensáveis à exequibilidade da promoção devem constar basicamente da lei, e suplementarmente de regulamento, que muitas vezes adota o nome regimento de promoções.

A L. 8.112 não cuidou propriamente de promoção, somente determinando que é uma das formas possíveis de provimento dos cargos; não estabeleceu o plano de carreira ou o plano de promoção, e apenas mencionou no parágrafo único do art. 10 os institutos da promoção, da ascensão e do acesso serão estabelecidos pela lei que fixar as diretrizes do sistema de carreira na Administração Pública Federal, e seus regulamentos. Não é a L. 8.112, com efeito, o momento para a União estabelecer seus planos de carreiras, pois um estatuto de servidores não é foro adequado para tanto; assim, ficará ao talante de outra lei a definição das diretrizes para o plano de carreiras dos servidores federais, de que existe apenas a necessária menção nesta L. 8.112.

IV

Ascensão[22] é palavra que pode ser tida como sinônimo de promoção, ou

pode ser definida pela lei de maneira diferente. *Transferência* era outra forma de provimento dos cargos públicos, definida e rapidamente disciplinada no art. 23 da L. 8.112.

Tendo sido revogados, entretanto, os incs. III e IV, ambos do art. 8º, assim como o art. 23, todos da L. 8.112, desapareceram do direito federal essas duas formas de provimento dos cargos públicos da União, e isso se deveu a uma jurisprudência do STF que se consolidou na década de 90, que as considerou formas inconstitucionais de provimento de cargos, por afrontarem a regra constitucional da necessidade de concurso público para tanto, e com isso também o princípio da igualdade.

V

Readaptação é mais uma forma de se proverem os cargos públicos, que veio tratada na L. 8.112 no art. 24, de maneira tão ligeira quanto o foi a transferência, e que, como aquela, exige relativamente ampla regulamentação para sua inteira exequibilidade no seio do serviço público federal, considerando-se, conforme se irá verificar, que pode ensejar abusos e protecionismos que configuram desvios de finalidade.

Decidiu sobre o tema o TRF-1ª Reg. que, "Tendo a inspeção médica constatado as limitações do servidor, configura-se, em concreto, a hipótese legal da readaptação, direito do funcionário público civil da União. 3. Caso o readaptando se mostre incapaz para o serviço público, a readaptação pode se convolar em direito à aposentadoria (§ 1º do art. 24)" (AMS n. 01485-82-MA, 1ª Turma, *DJ*, 6-9-1999).

VI

É importantíssimo observar que a promoção e a readaptação são, além de formas de provimento de cargo público, formas de *vacância* de outros cargos públicos, uma vez que expressamente elencadas no rol do art. 33, que cuida da

vacância. Natural que ao servidor promovido equivalha um cargo vago, que ele deixou, o mesmo se dizendo ao servidor readaptado. Sempre que a Administração processa uma promoção, ocupa um cargo por provimento e faz vagar outro, ocorrendo o mesmo na readaptação de servidor.

Tal não ocorre, evidentemente, no caso da nomeação nem nos de reversão, aproveitamento, reintegração e recondução, modalidades de provimento expressamente excluídas do rol do art. 33, pois nenhuma delas implica a vacância de cargo algum, conforme se evidencia observando a natureza de cada uma dessas formas de provimento, as quais serão todas, a seu tempo, objeto de comentário.

VII

Reversão é mais um modo de provimento de cargo público, de que a L. 8.112 cuida nos arts. 25 a 27. Trata-se, como se verá, do retorno à atividade de servidor aposentado por invalidez. O aplicador e o intérprete da lei devem cuidar de não confundir reversão nem com aproveitamento, nem com reintegração, nem com recondução, uma vez que estes são institutos em tudo diversos, conforme a própria L. 8.112 os discrimina, possuindo de denominador comum apenas a característica de que são formas de *regresso* de servidores a seus cargos e não de *ingresso* no serviço público.

O STJ já decidiu que “Cessada a causa que originou a aposentadoria por invalidez, tem direito o servidor à reversão” (REsp n. 195.380-CE, 5ª Turma, *DJ*, 11-6-2001).

VIII

Aproveitamento constitui modalidade de provimento de cargo público que a L. 8.112 descreve nos arts. 30 a 32. A matéria foi já objeto de várias Orientações Normativas da Secretaria da Administração Federal, o que a seu tempo será examinado.

IX

Reintegração é outra modalidade de provimento de cargo público, elencada pelo art. 8º da L. 8.112, e a qual é disciplinada, também com bastante celeridade e de modo a exigir evidente regulamentação, no art. 28. É uma forma de reinvestidura no cargo anteriormente ocupado, razão por que também não se a deve confundir com outras formas semelhantes de provimento dos cargos públicos, conforme se irá verificar no tópico pertinente.

Uma interessante questão de aplicação do direito no tempo foi enfrentada, quanto a este tema, pelo TRF-1ª Reg., nestes termos: "Servidor empossado em cargo antes da ADIn n. 231, restou firmado o entendimento de que são inconstitucionais as formas de provimento derivado representadas pela ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento no tocante a cargos ou empregos públicos. 2. Os atos que resultarem na ascensão funcional dos réus ocorreram a mais de dez anos, tendo sido feitos de boa-fé, por parte dos apelantes e devido ao tempo transcorrido, a situação de fato se consolidou. 3. Caso haja a reversão dos réus à situação funcional pretérita à edição dos indigitados atos administrativos, a Administração Pública terá um transtorno ainda maior, não apenas porque investiu na formação profissional dos réus, mas também porque a experiência por eles adquirida ao longo do exercício da função a beneficia" (AC n. 1997.01.00.039761-0-MG, 3ª Turma, *DJ*, 5-6-2003).

X

Recondução, por fim, é a última forma remanescente de provimento de cargo público elencada pelo art. 8º da L. 8.112, depois definida e rapidissimamente disciplinada no art. 29, em Seção própria. Trata-se de modalidade curiosa de provimento de cargo público, em boa hora lembrada pelo legislador federal, uma vez que o estágio probatório, a que se obriga o concursado para que obtenha estabilidade, nem sempre pode confirmá-lo para o cargo, ensejando eventual recondução do servidor inabilitado para outro cargo, se nele já era estável.

A previsão da recondução no estatuto dos servidores enseja comentários acerca do possível aproveitamento do tempo anteriormente prestado na função depois concursada, pelo que nos comentários ao art. 29 maior detença será dedicada à análise do instituto.

Seção II

DA NOMEAÇÃO

Art. 9º A nomeação far-se-á:

I - em caráter efetivo, quando se tratar de cargo isolado de provimento efetivo ou de carreira;

II - em comissão, inclusive na condição de interino, para cargos de confiança vagos. (Inciso II com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

Parágrafo único. O servidor ocupante de cargo em comissão ou de natureza especial poderá ser nomeado para ter exercício, interinamente, em outro cargo de confiança, sem prejuízo das atribuições do que atualmente ocupa, hipótese em que deverá optar pela remuneração de um deles durante o período da interinidade. (Parágrafo com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

I

Nomeação é, como se examinou, a forma por excelência originária de provimento de qualquer cargo público. Pode ser procedida, conforme a separação clássica no direito brasileiro, para cargo de provimento efetivo ou para cargo de confiança (ou em comissão). A nomeação para cargo efetivo mereceu o inc. I do art. 9º, e aquela em comissão, o inc. II do mesmo artigo. A redação do inc. I, que não foi das mais felizes, deixa claro que existe uma nomeação para cargos onde o servidor, após confirmado em estágio probatório, se estabiliza no

serviço público, que são aqueles cargos denominados *efetivos*, de caráter efetivo, de natureza efetiva, ou, mesmo, de provimento efetivo.

Os cargos de provimento efetivo podem ser isolados ou constituir-se em carreiras.

Cargo isolado é aquele que não compõe carreira com qualquer outro, pela natureza das atribuições respectivas, as quais não guardam similaridade com as de nenhum outro cargo. Exemplo clássico de cargo isolado é o de Secretário Administrativo; trata-se de um datilógrafo qualificado, com funções de secretariar a autoridade, anotar-lhe a agenda e os compromissos, cuidar do bom andamento dos serviços a cargo daquela autoridade. Tais atribuições, logo se percebe, são absolutamente isoladas, não guardando nenhuma relação com quaisquer atribuições de cargos dispostos em carreiras.

Inversamente, cargo de carreira é aquele disposto ou situado em alguma sucessão coordenada e certa com outros, cujas atribuições sejam similares porém crescentemente complexas e exigentes, de modo a possibilitar a evolução natural do ocupante pelo simples ganho das novas escolaridades correlatas, e da experiência nos postos inferiores**[23]**.

II

Olvidou-se, ou despreocupou-se, a L. 8.112 daquelas nomeações para cargos de caráter *vitalício*, como possuem os cargos de Juiz, que são evidentemente efetivos, porém, mais do que isso, garantem ao ocupante a vitaliciedade, ou seja, a permanência enquanto o titular não for destituído por não menos que *sentença judicial*. É o que dispõe o art. 95, I, da Constituição Federal; neste caso, os Juízes apenas perderão o cargo, se ainda em estágio probatório de dois anos, por deliberação do Tribunal a que estejam vinculados. É o caso também dos membros do Ministério Público.

Ainda que não cuidada expressamente na lei a nomeação vitalícia, submete-se ela naturalmente ao regime das nomeações para cargos efetivos.

III

O ato que nomeia servidor é em geral *portaria*, que é o ato administrativo mais adequado a produzir efeitos individuais. Pode entretanto este ato ser um *decreto*, o que ocorre sempre que se trate de altos cargos nos três Poderes da União, eventualmente em autarquias ou em fundações públicas.

Decretos são atos de competência privativa do chefe do Executivo, neste caso o Presidente da República, enquanto portarias são atos de hierarquia inferior, podendo ser expedidos por Ministros de Estado, ou presidentes de autarquias ou fundações, conforme disciplinamento interno de cada entidade.

A L. 8.112 não discrimina, e dificilmente o faria, quais os cargos que serão providos por decretos, e quais aqueles que podem ser providos por portaria; são outras leis, ou mesmo atos infralegais que os devem estabelecer.

A Constituição Federal no art. 84 fixa, no inc. I, que compete ao Presidente da República nomear e exonerar os Ministros de Estado; os incs. XIV a XVII do mesmo art. 84 estabelecem a competência do Presidente da República para, evidentemente também por decreto, nomear Ministros dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas da União, dos Juízes nos casos previstos na CF, do Advogado-Geral da União e dos membros do Conselho da República. São atos que exigem decreto, e, além desses, todos os demais poderão, na forma da lei, ser delegados a auxiliares diretos, que evidentemente não expedirão decretos, mas portarias ou outros atos inferiores.

A natureza de todos estes altos cargos mencionados no art. 84 da CF é, por outro lado, híbrida, não se podendo considerar seus ocupantes meros servidores públicos, dada a alta representatividade *política* das funções**[24]**.

IV

Nomeações para cargos em comissão são aquelas ao dispor da autoridade para prover cargos descritos na lei como de confiança, ou em comissão. Esses são os cargos de Ministros e os de direção e assessoramento superiores, de chefia

ou encarregatura superiores, de presidência ou diretoria de autarquias e fundações, e aqueles demais cargos descritos na lei (ou, em caso de fundações ou autarquias, nos atos de constituição do quadro) como de *direção superior*, com forte representatividade da autoridade nomeadora.

Tais cargos, após o advento da EC n. 19/98, que alterou o inc. V do art. 37 constitucional, apenas poderão ter como atribuições funções de chefia, direção e assessoramento, não mais se prestando a abrigar quaisquer atribuições que em verdade, mesmo que admitidas no passado, nunca exigiram a confiança pessoal da autoridade, como era usual ocorrer. Também, pela nova redação constitucional, uma parte dos cargos em comissão (e das funções de confiança) deverá, na criação, ser destinada à *prata da casa*, ou seja, ao provimento por quem seja servidor efetivo do respectivo quadro. Nenhum desses assuntos, porém, é nato para a L. 8.112, e deve cada qual ser resolvido dentro da legislação própria, em cada Poder da União, como também, separadamente, no âmbito das autarquias e nas fundações.

Os cargos em comissão, na sua essência, exigem habilidades especiais dos seus ocupantes, que não estão ao dispor de qualquer funcionário de carreira, pois grande parte da representatividade política da autoridade nomeadora eles detêm, e precisarão, em maior ou menor grau, representar em seu âmbito aquela autoridade, decidir por ela, monitorar, orientar, organizar, assessorar, como uma *longa manus* do nomeador.

A lei pode e em boa técnica deve exigir, para qualquer cargo em comissão, nível e natureza de escolaridade específica, sem a qual não pode a autoridade nomear cidadão algum.

Quem é livremente nomeado é também livremente exonerado, ao alvedrio da autoridade que antes nomeou, bastando para isso que o nomeado decaia da sua confiança, ou que o nomeador, sem declinar suas razões, destitua quem antes escolheu. Não gozam os servidores em comissão, evidentemente, de garantia de qualquer estabilidade ou permanência em cargo daquela natureza,

essencialmente transitória.

V

Mesmo com a restrição de atribuições, constante do inc. V do art. 37 constitucional, o fato é que continuam sendo detectáveis, na organização do pessoal do serviço público, e nada obstante a severa fiscalização do Tribunal de Contas, diversos cargos que, por não conterem evidenciadas atribuições de direção, chefia e assessoramento, precisariam ter sido criados como efetivos, e, mais ainda, vantajosamente dispostos em carreiras.

Existem ainda hoje, menos na União e mais em Estados e Municípios, autênticos *desvios de finalidade* pelo uso indiscriminado e abusivo, nas suas leis, de cargos em comissão, às vezes de baixa hierarquia e nenhuma representatividade da autoridade, nem qualquer função de direção, chefia ou assessoramento, e apenas para que a autoridade possa nomear os cidadãos que deseje, sem o incômodo e inconveniente — temível! — concurso público.

Tal resulta absolutamente inadmissível até mesmo ante a letra expressa da Constituição, além do que, beneficiando indevidamente servidores que não se habilitariam em concursos, priva bons servidores efetivos de carreiras, truncadas ou sustadas pela existência daqueles cargos em comissão que deveriam ser efetivos. E o caso ganha proporção de quase escândalo quando se comparam as dezenas de milhares de cargos em comissão federais, que existem atualmente no País, com os escassos equivalentes que figuram nos quadros de primeiro escalão dos governos das nações mais institucionalizadas do ocidente.

Cargos em comissão, é evidente, jamais podem constituir-se em carreiras, uma vez que a promoção, ou qualquer outra forma de evolução funcional, é inexigível, e carece por completo de sentido.

VI

Uma — tristemente — curiosa novidade foi trazida pela Lei n. 9.527/97, ao

reintroduzir no inc. II, e no parágrafo único deste art. 9º, a figura do servidor *interino*, ou aquele designado para ocupar *interinamente* cargo público, neste caso em comissão, quando essa vetusta figura, coberta pelo pó das décadas de desuso e tendo sido mesmo declarada extinta pelos doutrinadores, parecia afastada em definitivo do cenário jurídico.

E mais curiosa que a do inc. II foi a disposição do parágrafo único, que admite a designação de servidor em comissão ou ocupante de cargo de natureza especial para, interinamente, *acumular o exercício de dois cargos em comissão*, devendo optar pela remuneração de apenas um deles.

O legislador — se é que merece esse título o conceptor dessa heresia jurídica, que executou o que em chula gíria se costuma dizer o *serviço sujo* do superior — fez a lei, que já não constituía nenhum prodígio técnico, involuir grosseiramente em sua técnica. Aproveitando-se do que Marx denominou a *mais-valia*, com essa manobra a L. 8.112 passou a permitir que um servidor seja designado pra desempenhar dois cargos em comissão, recebendo apenas por um.

Não se imagina a explicação, muito menos a justificativa de semelhante despautério, que significa a locupletação pelo Estado do serviço *gratuito* de seus agentes, aquele mesmo serviço gratuito formalmente proibido pelo art. 4º da L. 8.112 — e nem se alegue que este estaria permitido pela parte final do art. 4º, porque jamais a lei poderia permitir que um servidor fosse imperativamente designado para uma acumulação das atribuições de dois cargos públicos, uma delas gratuitamente.

Serviço público gratuito não pode ser o serviço *de um cargo público*, mas tão só o de um *munus* público transitório e acessório, ou o desempenho de alguma função provida de utilidade pública, ou algum trabalho de relevante finalidade pública — ou de outro modo o Estado poderia economizar seus parcos recursos, nomeando um servidor e o fazendo exercer três ou quatro cargos, e não apenas dois como neste caso.

Observe-se que a parte final do art. 4º, que afasta a proibição de serviço

gratuito “nos casos previstos em lei”, não tem, nunca teve nem jamais terá e nem poderia ter o condão de transformar o serviço gratuito, que o próprio artigo proíbe ao seu início, em serviço gratuito *obrigatório*, como permitiu! Com efeito, que espécie infame de direito será esse que faz transitar a regra, diretamente do serviço *proibido* para o serviço potencialmente *obrigatório*, *manu militari* pela Administração, sem indagar a vontade do servidor?

Sim, porque, se o serviço deixa de ser proibido em certos casos, *nem por isso se poderá tornar obrigatório, mas deve passar apenas a ser não proibido*, que é o contrário de proibido, mas nunca pode passar a ser o *inverso* de proibido, que é obrigatório! A exclusão da proibição não pode significar a sua *inversão* como neste caso ocorreu, e isso é elementar em lógica jurídica, menos para o autor da nova redação deste art. 9º.

E tanto mais grave se afigura a hipótese na medida em que a lei não estabelece prazo máximo algum para a acumulação de atribuições, o que em tese permite que seja por tempo indeterminado, como regra praticamente estável e não excepcional como seria uma mera e rápida *substituição*, ou uma transitória responsabilidade excepcional, e tal situação, em direito, somente se pode ter como humor negro, como exclusão do direito, como o império da força a substituí-lo.

Se puder um dispositivo jurídico ser acusado de *desavergonhado*, de deficiente de caráter, de desviado em sua finalidade, além de natural e absolutamente antiético e antitécnico, ei-lo aí escancarado. Deseja-se que as autoridades que não padeçam desses mesmos defeitos de formação e de caráter não o utilizem, enquanto, infelizmente, estiver em vigor. Se a regra legal é inescrupulosa, então muito mais escrúpulo se demanda da autoridade competente para aplicá-la**[25]**.

VII

A matéria de que trata o art. 9º da L. 8.112 já foi objeto de preocupação do

Departamento de Recursos Humanos da Secretaria da Administração Federal, que a propósito editou em 19-12-1990 a Orientação Normativa n. 4.

Trata-se de uma Orientação eminentemente transitória, e que interessa tão somente enquanto não implementadas as carreiras a que se referem os arts. 9º, parágrafo único, e 10, e pouco esclarece acerca da novidade. Seu maior condão deve ter sido o de tranquilizar os aplicadores da lei, informando que as mesmas normas já existentes sobre a matéria podem continuar sendo aplicadas, independentemente do regime jurídico resultante da transformação procedida pelo art. 243 da L. 8.112. Como simples Orientação Normativa não pode evidentemente esse ato modificar o direito substantivo disposto pela L. 8.112, mas tão só balizar, dentro do racional e do possível, a aplicação provisória dos dispositivos da mesma lei.

Art. 10. A nomeação para cargo de carreira ou cargo isolado de provimento efetivo depende de prévia habilitação em concurso público de provas ou de provas e títulos, obedecidos a ordem de classificação e o prazo de sua validade.

Parágrafo único. Os demais requisitos para o ingresso e o desenvolvimento do servidor na carreira, mediante promoção, serão estabelecidos pela lei que fixar as diretrizes do sistema de carreira na Administração Pública Federal e seus regulamentos. (Parágrafo com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

I

O art. 10 prevê que apenas aos habilitados em concurso público, quer de provas, quer de provas e títulos, será possibilitada a nomeação para cargo efetivo, seja isolado, seja de carreira. Sendo, portanto, de provimento efetivo, não importa para esse efeito se o cargo é isolado ou está constituído em alguma carreira: apenas concursados poderão para eles ser nomeados.

O concurso público pode ser de provas, ou seja, de testes, de avaliações objetivas ou subjetivas, de questionamentos, que podem ser escritos, orais, práticos, ou, além disso, também de títulos, ou seja, diplomas, graduações adicionais, especializações, experiência excepcional, tempo de serviço público, tempo de desempenho da função em iniciativa privada, premiações, titulações as mais diversas. O edital de cada concurso determinará se ele será apenas de provas ou também de títulos. De provas, ao menos, sempre precisará ser, ainda que no singular a palavra, com uma só prova.

É importantíssimo ter presente que nenhum aprovado em concurso público poderá ser nomeado desrespeitada a ordem de classificação. Apenas o primeiro classificado pode ser convocado em primeiro lugar para a nomeação. Na convocação a Administração lhe dá certo prazo para acudir ao chamamento; esgotado esse prazo, o não comparecimento do convocado será tido como desistência, autorizando-se a Administração a convocar o segundo classificado, e assim sucessivamente até o último. Jamais pode ser invertida essa ordem, existindo mesmo copiosa e pacífica jurisprudência superior nesse sentido**[26]**.

Deliberou o STJ que “É defeso retardar a nomeação de aprovados em concurso público com o propósito de, ultrapassado o prazo de eficácia do certame, fraudar o direito de preferência assegurado pelo art. 37, IV, da Constituição Federal. Não se pode afirmar tal propósito fraudulento, quando a eficácia do concurso foi objeto de duas prorrogações” (RMS n. 1.301-0-SP, 5ª Turma, *DJ*, 22-3-1993.)

E o STJ já sobre este tema também decidiu que, “1. Preenchidas as vagas do seu concurso, o impetrante deve aguardar, no prazo de validade do concurso, a abertura de novas vagas, observada a precedência dos melhores classificados. 2. Eventual nomeação de outros aprovados no mesmo concurso para preenchimento de cargos em outras instituições não garante direito ao impetrante, a menos que tenha sido desobedecida a ordem de classificação. 3. Os aprovados em concursos específicos de outras autarquias não têm qualquer

vinculação com o impetrante, não podendo ser preteridos pelo mesmo no preenchimento dos cargos para os quais se habilitaram" (MS n. 4.785-DF, 3ª Seção, j. 25-6-1997, *DJ*, 1º-9-1997).

Com todo efeito, e ainda que se conheçam acórdãos divergentes como um do STJ, no RMS n. 20.718, 6ª Turma, segundo o qual "candidata aprovada dentro do número de vagas previstas em concurso público tem direito à nomeação", o fato é que, até mesmo por força da citada e ainda vigente Súmula n. 15, do STF, ninguém tem direito público subjetivo à nomeação ou à convocação pela Administração, nem mesmo o primeiro classificado da lista de aprovados em qualquer concurso público.

A Administração pode convocar quando quiser os aprovados, pela ordem, e pode nunca convocá-los, se este passar a ser o seu interesse, deixando neste caso escoar o prazo de validade do concurso, e não se acredita que acórdãos em descompasso com aquela Súmula prevaleçam junto à mais alta corte brasileira, salvo se por patente e demonstrado desvio de finalidade da Administração.

Assim, escoada a validade, nenhum classificado poderá ser convocado para nomeação, perdendo-se o concurso. Caso, por exemplo, a Administração tenha aberto concurso para dez vagas de vigilante, e dentro do prazo de validade do concurso (que é contado da data de sua *homologação* pela autoridade superior) tenha convocado apenas cinco, os cinco não convocados não mais podem sê-lo para prover os cargos daquele concurso. Se deles voltar a necessitar a Administração, apenas por novo concurso poderá requisitá-los.

Surge o direito à nomeação ao classificado em concurso apenas se a Administração, em dado momento, desrespeitando a ordem da classificação, convoca em vez de o primeiro classificado o segundo, ou o décimo; ou em vez do terceiro, o quarto, ou o vigésimo nono; nesse caso nasce o direito, *ou* à nomeação *ou* à anulação da nomeação que desrespeitou a ordem de classificação, para os preteridos da convocação, e apenas assim.

Não teria, aliás, o menor sentido técnico ou moral classificar decres-

centemente os aprovados em algum concurso se pudesse a Administração convocar qualquer deles antes do que obteve melhor classificação. À aprovação e classificação em concurso a L. 8.112 denominou *habilitação* em concurso, corretamente.

II

Nem toda prova, consoante se afirmou, precisa ser escrita, pois, quando a lei que criou o cargo exigiu para seu provimento qualificação apenas de alfabetização, está nesse passo admitindo que iletrados concorram às vagas. E, se estes podem a elas concorrer, não será admissível deles exigir prova escrita, que não teria o menor cabimento. A prova nesses casos pode constituir-se apenas da verificação de que o candidato sabe desempenhar a função na prática equivalente à atribuição do cargo para o qual concorre. Por exemplo, um servente precisa demonstrar que sabe varrer, limpar, fazer café, realizar serviços braçais, não se lhe podendo exigir nem sequer que elabore uma pequena redação, quando a lei que criou o cargo não exigiu senão prática ou experiência na função para possibilitar o provimento.

A L. 8.112 não reserva cargos públicos exclusivamente a alfabetizados, pois o inc. IV do art. 5º determina apenas que o candidato a concurso cumpra a escolaridade exigida, e essa pode ser nenhuma, ou a de que os candidatos saibam tão somente assinar o nome. Esse nível de escolaridade muitas vezes é tido como suficiente para demonstrar a alfabetização do candidato, o que, ainda que prática comum no Brasil, revela-se amplamente benevolente para com cidadãos sem qualquer escolaridade, uma vez que assinar o nome é algo que se pode aprender por associação mecânica de gestos, o que em absoluto implica alfabetização.

O parágrafo único do art. 10, com a redação que lhe deu a Lei n. 9.527/97, refere-se a outros requisitos para ingresso e evolução do servidor na carreira, mediante o instituto da promoção, e remetendo a todos para uma lei que fixe as respectivas diretrizes. Não será apenas lei, com certeza, suficiente para

disciplinar com inteira abrangência este vastíssimo assunto: planos de carreira, formas de evolução. Além da lei, que necessariamente dê os balizamentos mais amplos, incontáveis minúcias, detalhes e procedimentos somente serão suficientemente explicitados se por meio de regulamentos e instruções.

Fala-se adequadamente em *lei*, em verdade, somente para o âmbito da Administração direta, uma vez que as autarquias e as fundações em geral não dependem de lei para instituir seus planos de carreira; ou de outro modo não gozariam da autonomia administrativa implícita na sua própria instituição, e na sua razão de ser. No caso dessas entidades descentralizadas, os planos de carreira são geralmente objeto de atos regimentais expedidos pela diretoria, e ocasionalmente, conforme a amplitude da entidade e as exigências da legislação instituidora, aprovados por decretos do Presidente da República.

O STF, dizendo da sua própria tendência, assim se pronunciou: “A jurisprudência do STF firmou-se no sentido de admitir que a lei estabeleça limite de idade para o ingresso no serviço público, desde que se mostre compatível com o conjunto de atribuições inerentes ao cargo a ser preenchido” (RMS n. 21.046-RJ, Pleno, *RTJ*, *135*:528).

E também assim já deliberou o STF sobre limitação de altura para provimento de cargo: “A Turma manteve a decisão do Min. Joaquim Barbosa, relator, que negara seguimento a agravo de instrumento em que se alegava a possibilidade de fixação, por edital, de limite mínimo de altura para provimento de cargo de policial militar. *Considerou-se que não se tratava de razoabilidade da exigência, mas da necessidade de previsão legal para definição dos requisitos do concurso* (AI n. 460.131, 1ª Turma, *Informativo STF*, *351*:4. Grifamos).

III

Não cuidou a L. 8.112 de detalhar planos de carreira. Num estatuto de servidores não é, com efeito, o momento de fazê-lo.

Ocorre que o Departamento de Recursos Humanos da Secretaria de Administração Federal, atento à continuidade da política de evolução funcional dos servidores federais, poucos dias após a publicação da L. 8.112, expediu a Orientação Normativa n. 2, através do Ofício Circular n. 2, de 1º de janeiro de 1992, da SAF. Essa Orientação, dirigida como as demais aos dirigentes de repartições federais, faculta a promoção e a progressão com base nas normas regulamentares já existentes e em vigor na data da edição da L. 8.112, enquanto não vigorarem os regulamentos previstos no parágrafo único do art. 10 da mesma lei, desde que evidentemente exista cargo vago, e também que as normas não sejam incompatíveis com as novas regras da L. 8.112.

A razão de tal Orientação é a de não se paralisarem as progressões e as promoções, que já vinham sendo procedidas no serviço federal, apenas pela falta de novo regulamento, ou nova lei de promoções posterior à L. 8.112. Sabendo-se que o número de servidores abrangidos pela L. 8.112 passou a ser a soma dos antigos celetistas e dos estatutários, da Administração direta, autárquica e fundacional, denota-se a extraordinária importância da nova lei de promoções, que evidentemente precisa albergar a todo esse ampliado contingente de pessoal, e com isso necessita ampliar correspondentemente os planos de todas as carreiras aí existentes.

É precária, portanto, a possibilidade de funcionamento do antigo sistema de carreiras, que abrigava apenas os estatutários, para a totalidade dos novos atingidos pela L. 8.112, razão por que se faz imprescindível o novo disciplinamento, por lei e novos regulamentos, das carreiras para o conjunto integral dos servidores federais**[27]**.

Seção III

DO CONCURSO PÚBLICO

Art. 11. O concurso será de provas ou de provas e títulos, podendo ser

realizado em duas etapas, conforme dispuserem a lei e o regulamento do respectivo plano de carreira, condicionada a inscrição do candidato ao pagamento do valor fixado no edital, quando indispensável ao seu custeio, e ressalvadas as hipóteses de isenção nele expressamente previstas. (Redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

I

Determina o art. 11, repetindo disposições anteriores e a própria Constituição Federal, que o concurso poderá ser só de provas ou também de títulos; essa questão foi já objeto de comentários.

Determina também o artigo que o concurso poderá ser realizado em duas etapas, conforme dispuserem a lei e o regulamento do respectivo plano de carreira. Não foi nada feliz o legislador ao redigir este artigo até este ponto, uma vez que mistura temas absolutamente disparatados, desconexos, como concurso, disposição de lei sobre o cargo e regulamento do plano de carreira. Muito melhor teria sido o artigo terminar pela metade, já que a lei só autoriza que ele seja realizado em *duas* etapas, e um concurso pode ter, se for o caso, dez etapas, ou cinco etapas, como frequentemente acontece, por exemplo, quanto a concursos para Promotores Públicos.

A restrição que a lei faz a mais etapas do que duas, para o concurso, somente desfavorece a Administração, que, conforme o caso, não fosse essa restrição, poderia realizar qualquer concurso em quantas etapas pretendesse.

Existirão, com efeito, cargos a exigir mais que duas etapas para o respectivo concurso, e nesses casos a Administração, tolhida pela lei, precisará agrupar diferentes fases em uma etapa, e outras em outra, tão só para dar cumprimento a esse infeliz cerceamento da liberdade da Administração na execução desse procedimento de interesse peculiarmente seu, que é o concurso público para provimento de cargos.

A lei, por outro lado, dificilmente vai descer a minúcia como esta: em

quantas etapas será realizado o concurso para o cargo que ela criou; isto não é nem nunca foi matéria para lei.

A propósito da relação do concurso com o regulamento do respectivo plano de carreira, é também esta uma tola vinculação da L. 8.112, pois que, em primeiro lugar, o cargo pode ser isolado, não possuindo com isso regulamento para plano de carreira; em segundo lugar, o regulamento do plano de carreira não se deve ocupar de prescrever em quantas etapas serão realizados os concursos para os cargos dispostos nas carreiras, devendo, isto sim, prever as condições para evolução na carreira, os requisitos necessários em cada hipótese, as condições como se opera na prática a sucessão de postos de trabalho, e outras questões estritamente correlatas às carreiras.

Apenas o edital do concurso, a cada caso, deve informar em quantas etapas ele será realizado, e se será de provas ou de provas e títulos. O artigo, como se observa, é profundamente contrário aos interesses da própria Administração, que deve cumpri-lo na medida em que lhe for tecnicamente possível fazê-lo.

II

A parte final do dispositivo, a partir da palavra “condicionada”, foi toda acrescida pela Lei n. 9.527/97.

Se já era pouco técnica, por abundante num texto de lei, a previsão de divisão do concurso em duas etapas, esta parte final beira o ridículo. É de perguntar a formação profissional do autor de uma mesquinharia, tão rebarbativa quanto inútil, quanto esta, num texto da magnitude do estatuto de servidores públicos federais, como regra integrante do seu regime jurídico.

A matéria — pagamento de inscrição ao concurso, salvo quando isento o candidato — *jamais precisaria estar escrita nem sequer em regulamento*, porque essa sempre foi e sempre será a regra para os editais de concurso público.

O edital de cada concurso sempre deveu informar se existe taxa de inscrição ou não, e também, se existirem, quais os casos de isenção em favor de

candidatos, e não constitui novidade alguma, para edital novo algum, o que a Lei n. 9.527/97 fez introduzir neste, antes mesmo já abundante, art. 11. A Lei n. 9.527/97 aqui funcionou como a célebre *pedra na sopa*, com a qual ou sem a qual indigitada sopa resultará rigorosamente a mesma. E o legislador, neste passo, pode orgulhar-se de inventar a roda.

Seja como for, cada edital de concurso, aberto para provimento de cargo regido pela L. 8.112, precisará sempre observar aquela previsão, agora tornada legal, e indicar se os cidadãos que se candidatem precisarão previamente recolher algum valor como condição de participação, e também se existem exceções, isentativas, a essa obrigação, tudo indicando com clareza e circunstanciadamente — como de resto qualquer edital sempre fez...

Art. 12. O concurso público terá validade de até 2 (dois) anos, podendo ser prorrogada uma única vez, por igual período.

§ 1º O prazo de validade do concurso e as condições de sua realização serão fixados em edital, que será publicado no Diário Oficial da União e em jornal diário de grande circulação.

§ 2º Não se abrirá novo concurso enquanto houver candidato aprovado em concurso anterior com prazo de validade não expirado.

I

O *caput* deste artigo repete basicamente o inc. III do art. 37 da Constituição Federal, nenhuma novidade portanto acarretando para a União. A diferença entre esta previsão e aquela constante da Constituição de 1969, art. 97, § 3º, é que aquela anterior fixava que o prazo máximo de validade dos concursos era de quatro anos a contar da sua homologação; esta Constituição de 1988, em técnica flagrantemente inferior, dividiu aqueles quatro anos em duas etapas e deixou de prever o termo inicial da contagem de prazo.

A CF/88 mudou as regras para piorar, como frequentemente nela aconteceu.

Ainda que na nova Constituição não esteja previsto o início da contagem do prazo de validade do concurso, continua ele sendo *a partir da homologação*, que é o primeiro momento em que pode ser considerado reconhecido pela Administração. Antes da homologação o concurso se traduz em mera expectativa de consumação de ato jurídico, e apenas com a homologação se oficializa o procedimento, para produzir os efeitos externos que pretendeu.

II

O § 1º não diz mais que o óbvio, e deveria ter substituído, com grande vantagem, o próprio art. 11.

É o edital, melhor do que lei ou mesmo algum regulamento, o diploma que deve determinar em quantas etapas será procedido o concurso; como ele se realizará; quais os requisitos aos candidatos, tanto para a inscrição quanto para a realização das provas, e assim quase todos os pormenores do concurso é o edital que deve prever. Resta à competência da lei apenas a criação do cargo e a fixação de condições essenciais ao próprio cargo, com a quantidade, a denominação, o vencimento, os requisitos para preenchimento, a natureza (em comissão ou efetiva), a disposição em carreira ou não, e, se for o caso, a carga horária semanal, ou de outra periodicidade.

Fixa ainda o § 1º que os editais de concurso serão publicados no *Diário Oficial da União*, e também em jornal diário de grande circulação. Essa abundância de publicidade, ainda que onere grandemente o erário federal, justifica-se no plano técnico e moral de modo pleno, já que os jornais de grande circulação asseguram notoriedade, ao concurso, muito maior do que aquela devida à publicação apenas do *DOU*, o qual, salvo servidores públicos e poucas categorias profissionais, poucos cidadãos leem.

Nada impede, evidentemente consideradas as proporções e a pretensão do concurso, que a Administração publique, ainda que em resumo, o edital em vários jornais de grande circulação nacional, e não em apenas um, como o § 1º

faz crer. Se o objetivo da publicação é assegurar o maior número possível de concorrentes, será melhor dez grandes jornais do que apenas um para selecionar os servidores entre maior número de candidatos, com presumível vantagem à Administração.

III

O § 2º deste art. 12 transcreve para a lei a previsão do inc. IV do art. 37 da Constituição Federal de modo algo ampliado, no que fez a lei muito bem.

Este é um dispositivo profundamente moralizador da admissão de concursados para o serviço federal, e coíbe em definitivo uma prática, felizmente não muito comum (sobretudo em entidades menores que a União), de, apenas por não interessarem pessoalmente às mesmas entidades os aprovados e classificados no concurso que realizou, abrir novo concurso para os mesmos cargos, desprezando quem no primeiro obteve classificação, e estando ainda vigente o prazo de validade do concurso anterior.

Quanto ao prazo de validade deve-se recordar que, considerando-se a péssima técnica constitucional demonstrada pela redação do inc. III do art. 37 em confronto com o inc. IV do mesmo artigo, precisará o edital prever, caso não tenha fixado como prazo de validade do concurso o máximo de dois anos prorrogável por outros dois, ao menos que a validade do concurso poderá ser prorrogada pela Administração, através de comunicado publicado nos mesmos veículos que serviram para a publicação do edital.

Com essa reserva de direito a Administração, ainda que não tenha de antemão imaginado a necessidade de prorrogar o concurso, ficará garantido esse direito caso no futuro constate a sua necessidade. O que a lei deixa claro, bem como a própria Constituição o faz, é que não poderá em hipótese alguma ser convocado candidato classificado em concurso após a expiração do seu prazo de validade, contado da data de homologação do mesmo concurso.

Nesse sentido deliberou o STJ que “A administração ao prorrogar o prazo de

validade de concurso público, no uso de sua faculdade discricionária não mais pode revogar o ato, porquanto transformou em direito a expectativa dos candidatos aprovados. Mandado de segurança concedido" (MS n. 4.288/DF, 3ª Seção, j. 12-6-1996, *RSTJ, 88*:196).

Contra a expiração de prazo não há remédio à disposição da Administração, nem do candidato que viu suas esperanças de convocação, dia após dia, se esvaírem. Não há, conforme se examinou, para o candidato aprovado, direito à nomeação, salvo se inobservada a ordem de classificação.

Seção IV

DA POSSE E DO EXERCÍCIO

Art. 13. A posse dar-se-á pela assinatura do respectivo termo, no qual deverão constar as atribuições, os deveres, as responsabilidades e os direitos inerentes ao cargo ocupado, que não poderão ser alterados unilateralmente, por qualquer das partes, ressalvados os atos de ofício previstos em lei.

§ 1º A posse ocorrerá no prazo de trinta dias contados da publicação do ato de provimento. (§ 1º com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

§ 2º Em se tratando de servidor, que esteja na data de publicação do ato de provimento, em licença prevista nos incisos I, III e V do art. 81, ou afastado nas hipóteses dos incisos I, IV, VI, VIII, alíneas a, b, e, e f, IX e X do art. 102, o prazo será contado do término do impedimento. (§ 2º com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

§ 3º A posse poderá dar-se mediante procuração específica.

§ 4º Só haverá posse nos casos de provimento de cargo por nomeação. (§ 4º com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

§ 5º No ato da posse, o servidor apresentará declaração de bens e

valores que constituem seu patrimônio e declaração quanto ao exercício ou não de outro cargo, emprego ou função pública.

§ 6º Será tornado sem efeito o ato de provimento se a posse não ocorrer no prazo previsto no § 1º deste artigo.

I

Este artigo prevê o modo de o aprovado em concurso, ou aquele cidadão convidado para ocupar cargo em comissão, assumir o seu cargo: ele o assume através da *posse*. Por esse ato empossa-se no cargo, ou dele toma posse.

Fixa o artigo que a posse se dá pela assinatura do respectivo termo. Este termo pode assumir qualquer forma escrita, desde que dele constem as *atribuições* do cargo, ou seja, as competências, as tarefas, os afazeres inerentes ao cargo; os deveres e as responsabilidades do servidor que toma posse, ou seja, as obrigações, os encargos e as penas previstas pelo descumprimento; e, por fim, os direitos inerentes ao cargo, aí se incluindo as vantagens de toda natureza, as licenças, os adicionais e todos os demais direitos previstos na L. 8.112, em outras leis que a suplementem, em regulamentos e em instruções — sendo que apenas a lei cria direitos novos, cabendo aos outros diplomas enunciar as condições e o modo da sua concessão.

II

Prevê ainda o *caput* que não podem ser alterados unilateralmente os deveres, as responsabilidades, os direitos e as atribuições dos cargos por qualquer das partes, ressalvados os atos de ofício previstos em lei. Trata-se de uma disposição profundamente estranhável, extraordinariamente bizarra e insólita. Significa quase a confissão, procedida pela Administração, de que o regime da L. 8.112 não é estatutário mas contratual, pois, com efeito, apenas num regime contratual é proibido a qualquer das partes alterar unilateralmente as condições do pactuado.

A principal característica do regime estatutário do serviço público é exatamente a *alterabilidade unilateral* das condições relativas ao cargo pela Administração, e isto desde tempo imemorial no Brasil. Apenas os mínimos constitucionais evidentemente se impõem à Administração enquanto admissora de pessoal; um desses mínimos, por exemplo, é aquele previsto no inc. XV do art. 37: irredutibilidade de vencimentos de servidores públicos.

Afora em questões assim, não tem o menor sentido a Administração eleger para si o regime estatutário como o regime jurídico único dos seus servidores, conforme manda a Constituição Federal, art. 39, para depois algemar-se voluntariamente a inalterabilidade de condições, renegando assim a fundamental característica dos próprios postos de trabalho, os cargos públicos, que ela, Administração, unilateralmente criou. O legislador federal, que parecia saber o que significava o regime estatutário do funcionário público sob a Lei n. 1.711/52, parece ter agora esquecido, desaprendendo sobre a natureza desse regime. Despojou-se a União, com isso, de seu mais importante direito com relação ao Estatuto**[28]**.

A previsão constitui, mesmo, autêntica "sinuca de bico" para a Administração, podendo dificultar-lhe grandemente o trato com seus servidores no futuro, considerando-se a seguinte hipótese: a L. 8.112 prevê inalterabilidade unilateral das condições dos cargos; é uma lei, que pode ser alterada por outra, a qual retire aquela inalterabilidade, fazendo vigorar plenamente a mutabilidade estatutária.

Com base na nova lei, a União altera unilateralmente as condições de um cargo, e os servidores atingidos, julgando-se prejudicados, protestam por seus *direitos adquiridos* (em face da lei antiga, sob a qual tomaram posse). Como proceder? A quem assistirá razão? Abre flanco a Administração, assim, a problemas absolutamente insólitos, que estavam inteiramente resolvidos no passado.

III

Prevê o § 1º que a posse ocorrerá em trinta dias da publicação do ato de provimento, prazo esse tornado improrrogável por força da Lei n. 9.527/97, que modificando este artigo suprimiu a anterior prorrogabilidade.

Qualquer que seja o provimento, o ato precisa ser publicado no *Diário Oficial da União*. Tão logo saia publicado o ato do provimento abre-se o prazo de trinta dias corridos, descontado o da publicação e incluído o último, para que o interessado acorra à Administração para tomar posse.

Sobre o descaso da Administração quanto à comunicação de prazos aos candidatos aprovados em concursos, assim deliberou o TRF-1ª Região: "Embora dispondo do prazo de 30 (trinta) dias para a posse, depois da nomeação, não pode ser prejudicado candidato que, por descaso da administração, somente foi comunicado da nomeação no último dia do prazo para a posse, tendo comparecido à repartição no dia imediato para justificar-se" (REO n. 1246340-AM, 2ª Turma, *DJ*, 19-9-1994).

IV

O § 2º concede o direito ao servidor, que esteja licenciado ou legalmente afastado por qualquer dos motivos elencados no parágrafo, de contar o prazo para tomar posse a partir do término do seu afastamento. Não precisa o servidor afastado, portanto, tomando ciência de sua nomeação no *Diário Oficial*, submeter-se aos mesmos prazos do § 1º, mas apenas após o término previsto de seu afastamento aqueles mesmos prazos passarão a fluir.

Mas é evidente que de tudo isso precisará estar cientificada a Administração, ou de outro modo arrisca-se o servidor a ser havido por negligente ou desinteressado em tomar posse de seu cargo, com as consequências de se esperar, sobretudo as do § 6º deste art. 13.

V

O § 3º permite que o servidor a ser empossado constitua procurador

especificamente para em seu nome assinar o termo de posse. É particularmente útil esse direito àquele servidor que se encontre afastado do País, ou impedido por doença (não licenciado), de cumprir o prazo do § 1º deste art. 13.

Para que a sua ausência não seja considerada desistência, pode o servidor nomear procurador para que por ele tome posse, municiando-o com procuração para aquele efeito específico.

VI

O § 4º, com a redação que lhe deu a Lei n. 9.527/97 coerentemente com a extinção do acesso e da ascensão, esclarece que a única forma de provimento que enseja posse, à exclusão de quaisquer outras, é a nomeação.

Quanto à *nomeação*, nenhuma novidade: trata-se da forma originária de provimento dos cargos, e, por evidente, enseja posse.

As demais formas de provimento, mantidas pela L. 8.112, além da nomeação, quais sejam, a promoção, a readaptação, a reversão, o aproveitamento, a reintegração e a recondução, todas previstas no art. 8º, e, afora a promoção, todas disciplinadas na L. 8.112, nenhuma delas contém ou implica posse. O servidor nomeado por readaptação, por exemplo, não toma posse no cargo para o qual é readaptado. Não existe assinatura de termo de posse nesses casos. Todas essas formas de provimento são publicadas no *Diário Oficial*, mas apenas a nomeação depende de um ato do servidor, que é a assinatura do termo de posse, e os demais provimentos não, constituindo atos que a própria Administração completa e integra sem a participação dos servidores envolvidos.

VII

O § 5º do art. 13 obriga ao servidor que tome posse apresentar declaração dos bens e valores que constituem seu patrimônio, bem como que declare se exerce ou não outro cargo, outro emprego ou outra função pública.

A declaração de bens visa permitir à Administração que conheça a situação patrimonial do servidor que está empossando, para que ao cabo de sua vida funcional possa ter elementos, para si ou para informar, quanto ao seu enriquecimento.

Trata-se de um modo relativamente eficaz de a Administração coibir o peculato, ou seja, a apropriação de valores da Administração de modo criminoso pelo seu servidor; sabendo este que a Administração conhece sua situação patrimonial antes do ingresso, e sabendo que, ao fim da relação de trabalho, ele precisará apresentar nova declaração, este controle talvez o coíba de aumentar o seu patrimônio ilegitimamente, à custa do patrimônio da Administração.

Contesta-se a absoluta valia do procedimento, uma vez que se sabe da extraordinária capacidade humana de sonegar informações, impostos e prestações devidas, sobre que será supérfluo insistir. De qualquer modo temos aí uma forma de controle da Administração sobre seus servidores.

Quanto à declaração de que o empossado exerce ou não outro cargo, outro emprego ou outra função pública, é evidente que aí se pretende evitar a acumulação inconstitucional de postos de trabalho, na Administração, pelo mesmo servidor.

Existem no serviço público comissões de servidores e repartições incumbidas institucionalmente de examinar, para cada servidor, o eventual exercício simultâneo de diversos cargos públicos, e, nesse passo, caso positivo, a sua legitimidade. No início do atual governo federal, a Administração, em atitude pouco comum na história do serviço público brasileiro, procedeu a uma vasta triagem dos casos de acumulação entre os servidores federais, e determinou que os acumuladores de modo inconstitucional renunciassem a um dos postos de trabalho. Com esse fim específico está a previsão da parte final do § 5º do art. 13.

Sabe-se que cargos acumulados são cargos mal desempenhados, conforme o dizer de ilustre jurista, além do que é evidente a lesão ao erário na atitude; pelas

duas razões é a política constitucional do art. 37, XVI e XVII, fortemente restritiva às acumulações.

VIII

O § 6º é um dos raros casos de cominação, na lei, de nulidade de ato administrativo, e se refere ao prazo previsto no § 1º deste art. 13, fixando que será tornado sem efeito o ato de posse procedido fora do prazo do § 1º.

Não seria necessária a previsão, uma vez que um ato ilegal há de ser tornado sem efeito, tão logo constatado pela Administração; mas é útil, particularmente num país que tanto menospreza as cominações da lei. Assim, não pode ser mantido empossado um servidor que perca o prazo, de trinta dias, do § 1º, deixando de tomar posse naquele prazo e fazendo-o após vencido; volta-se a cominação, como se percebe, antes à Administração, proibindo-a de empossar servidor fora do prazo legal.

Já decidiu sobre este tema o STJ: "Embora ressentindo-se da falta de assinatura da autoridade competente, o termo de compromisso lavrado por servidor subalterno, atestando o comparecimento do funcionário nomeado para o cargo, em caráter efetivo, com a declaração de que foi empossado solenemente e fez a promessa legal, leva a conclusão de que a posse se consumou. Concretizando o ato de posse, esta só poderia ser desfeita mediante processo administrativo, garantido o direito de ampla defesa (Súmula n. 20, do Supremo Tribunal Federal). Diante de fatos incontroversos, independentemente do exame das provas, o recurso especial comporta conhecimento, para ser provido" (REsp n. 16.069/RS, 2ª Turma, *DJ*, 1º-8-1994).

E decidiu ainda o TRF-1ª Região: "I. Tem direito aos vencimentos e demais vantagens inerentes ao cargo público o servidor que teve obstado o início de suas funções por erro da Administração, reconhecido em mandado de segurança. II. As pessoas jurídicas de direito público são responsáveis pelos danos que seus agentes causarem a terceiros (cf. art. 37, § 6º), bastando, para tanto, a existência

de relação da causalidade entre o ato ou fato administrativo e o resultado lesivo. III. Nada impede que o valor da indenização seja fixado tendo em conta os vencimentos que o autor receberia se tivesse sido nomeado e empossado juntamente com os demais aprovados no concurso, descontados os valores percebidos no cargo de Procurador do Município de Belo Horizonte. IV. Contagem de tempo de serviço para todos os efeitos, exceto previdenciários, visto óbice constitucional (art. 40, § 10, CF/88). V. Precedente deste Tribunal (AC n. 91.01.03131-7/DF)" (AC n. 2000.38.00-005831-5-MG, 2ª Turma, *DJ*, 12-9-2003).

Art. 14. A posse em cargo público dependerá de prévia inspeção médica oficial.

Parágrafo único. Só poderá ser empossado aquele que for julgado apto física e mentalmente para o exercício do cargo.

I

O art. 14 fixa que apenas após inspeção médica oficial poderá o servidor tomar posse. A exigência já constava subentendida do inc. VI do art. 5º da L. 8.112, e aqui é minimamente disciplinada. Após a nomeação, o servidor precisará submeter-se a exame médico, por junta médica da União, que verificará sua aptidão física e mental para o desempenho do cargo para o qual foi nomeado. Este exame deverá ocorrer dentro do prazo previsto no § 1º do art. 13, o qual por isso tem sua razão de ser. O exame médico atestará a *suficiência* do nomeado em termos de condição física e de capacidade mental para o desempenho das atribuições do cargo respectivo.

O parágrafo único do art. 14 complementa o sentido do *caput*, fixando que somente os considerados física e mentalmente aptos para o exercício das atribuições do cargo poderão ser nomeados. Após o exame, a junta médica oficiará, ou informará nos autos do expediente de nomeação, a qualificação

positiva ou negativa no exame físico e mental obtida pelo examinado. Pode acontecer, já se observa, que um candidato aprovado em concurso venha a ser considerado inapto por razões físicas ou mentais para o exercício, e nesse caso não poderá tomar posse.

O concurso, por mais acurado e extensivo que tenha sido, é de fato incapaz de assegurar só por si que todos os aprovados detenham capacidade física e sanidade mental — nem sempre de fácil apuração — exigidas para o cargo. E às vezes o próprio exame médico também o é, restando ao estágio probatório oferecer maiores informações sobre o servidor.

Sobre exame médico e doença preexistente assim decidiu o TR - 1ª Região: "1. Correta a sentença que concedeu a segurança para garantir que servidor público, aprovado em todas as fases do concurso público, inclusive cargo de Agente da Polícia Federal, por não estar demonstrada sua ciência inequívoca de doença preexistente ao ato de admissão (tumor), bem como em razão da ausência de caráter maligno da neoplastia, conforme apurado em biópsia posterior à posse. 2. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento" (AMS n. 2000.34.00.014485-9-DF, 6ª Turma, *DJ*, 20-11-2002).

II

A regra do art. 14 evidentemente é incompatível com aquela prevista no § 2º do art. 5º, que diz respeito aos deficientes físicos, os quais terão direito a ser empossados em cargos públicos determinados, conforme disponha o edital de cada cargo que possibilite a compatibilização do exercício com determinadas deficiências físicas que explicitar. Não é apenas o edital, evidentemente, que irá disciplinar por inteiro questão tão ampla, delicada e complexa, mas também regulamentos, e eventualmente até mesmo a lei.

De qualquer modo, a própria lei que cria o cargo, o regulamento de promoções, as instruções pertinentes, e também o edital para concurso para cada cargo, haverão de deixar claro em que casos caberá a admissão de deficientes,

em que percentual de vagas, e de que modo aqueles comprovarão sua condição, e, tendo-o feito, sua suficiência para desempenho das atribuições respectivas, se e como exigido.

Art. 15. Exercício é o efetivo desempenho das atribuições do cargo público ou da função de confiança. (Caput com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

§ 1º É de quinze dias o prazo para o servidor empossado em cargo público entrar em exercício, contados da data da posse. (§ 1º com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

§ 2º O servidor será exonerado do cargo ou será tornado sem efeito o ato de sua designação para função de confiança, se não entrar em exercício nos prazos previstos neste artigo, observado o disposto no art. 18. (§ 2º com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

§ 3º À autoridade competente do órgão ou entidade para onde for nomeado ou designado o servidor compete dar-lhe exercício. (§ 3º com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

§ 4º O início do exercício de função de confiança coincidirá com a data de publicação do ato de designação, salvo quando o servidor estiver em licença ou afastado por qualquer outro motivo legal, hipótese em que recairá no primeiro dia útil após o término do impedimento, que não poderá exceder a trinta dias da publicação. (§ 4º incluído pela Lei n. 9.527,de 10-12-1997.)

I

O art. 15 define *exercício* como o efetivo desempenho das atribuições do cargo, e, por força da redação dada pela Lei n. 9.527/97 ao dispositivo, também da *função de confiança.*

Função de confiança, mencionada na Constituição Federal, art. 37, V, como

privativamente atribuível a servidor efetivo, é o encargo de chefia, direção, ou encarregatura que pela sua natureza ou pouca complexidade não justifica a criação de um cargo, considerando-se apenas uma especialização de certos cargos efetivos, a ser exercida, repita-se, exclusivamente por servidor ocupante de cargo de provimento efetivo — e presumivelmente do *mesmo quadro de pessoal*, pois que não faz muito sentido, salvo em situações excepcionais, imaginar um servidor efetivo de determinado quadro exercendo função de confiança em outro quadro, em outra repartição.

Isto significa dizer que o efetivo exercício constitui a execução ativa do serviço diário, o trabalho efetivo prestado pelo servidor para desincumbir-se das atribuições respeitantes ao seu cargo, ou da função de confiança que lhe seja atribuída.

A definição é importante para vários efeitos da L. 8.112, como, por exemplo, a aquisição de estabilidade no serviço público, somente deferida ao servidor que conte três anos de efetivo exercício (e o art. 21, que ainda menciona dois anos, contraria abertamente, por desatualidade, a Constituição, art. 41, com a redação que lhe deu a EC n. 19/98); ou, por exemplo, para a contagem de tempo do servidor, quando este a pedir.

Nesse caso apenas os afastamentos considerados pela L. 8.112 como não interruptores do efetivo exercício serão computados, e aqueles afastamentos que suspenderem ou interromperem o exercício não serão somados para contagem de tempo pelo servidor.

Outro importante efeito da definição de exercício é aquele relativo aos interstícios de exercício nas classes ou nos cargos dispostos em carreiras, para promoções. Com frequência os planos de carreira exigem determinado tempo de exercício, numa classe ou num cargo, para habilitar o servidor a evoluir para outra classe ou outro cargo. Em todos os casos, para que a Administração possa computar o tempo de exercício é evidentemente necessário que ela, antes, saiba o que significa exercício.

O § 1º, com redação dada pela Lei n. 9.527/97, fixa novo prazo para o servidor que foi empossado em cargo público, desta vez para *entrar em exercício.* A Administração, que anteriormente à Lei n. 9.527/97 parecia não ter pressa em exigir o exercício do servidor nomeado, pois no art. 13 lhe conferia até sessenta dias para tomar posse, e após a posse lhe dava novo prazo, de outros trinta, para entrar em exercício, entretanto, após o advento daquela lei passou a exigir mais celeridade do servidor, cortando pela metade ambos os prazos, que passaram respectivamente a ser de trinta dias improrrogáveis (para tomar posse), e de quinze dias (para entrar em exercício após empossado).

Nunca é demasiado recordar que todo o tempo de serviço atestável pela Administração ao servidor começará a ser contado apenas a partir do início do seu exercício, uma vez que, antes disso, inexistindo exercício, inexiste tempo de serviço.

Sobre a prorrogação de prazo para o servidor nomeado entrar em exercício decidiu o TRF-1ª Região que "O prazo para entrada em exercício, segundo disposto no art. 15, § 1º, da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, na redação então vigente, era de trinta dias, contados da nomeação, sendo inadmissível sua prorrogação até o trânsito em julgado de ação popular onde se pretende a anulação do concurso em que os autores foram habilitados à investidura no cargo" (AC n. 1443541-MG, 2ª Turma, *DJ*, 13-4-2000).

O § 2º, também com nova redação, determina a exoneração do servidor que, após empossado, não entrar em exercício no prazo previsto no § 1º do art. 15, ou o que, designado para função de confiança, deixar de observar o prazo estabelecido no § 4º — se é que se pode chamar *o mesmo dia* de prazo, conforme se irá examinar. Manda ainda observar o disposto no art. 18, que será a seu tempo comentado.

Determina o dispositivo, com isso, que o servidor apenas empossado *já pode ser exonerado*, ainda que não tenha entrado em exercício. Nesse caso nenhum direito a recebimentos ou a contagem de tempo terá ele, pois esses direitos só se

iniciam com o exercício.

O § 3º do artigo fixa que compete à autoridade responsável pelo órgão, ou pela entidade, para o qual for designado o servidor, dar-lhe exercício. É evidente que ninguém senão essa autoridade poderia fazê-lo, pois ninguém pode atribuir exercício a servidor pertencente a outra entidade, ou outra repartição.

Dar exercício a alguém significa indicar-lhe seu local de trabalho, seu material para uso contínuo, suas atribuições, e como são desempenhadas rotineiramente aquelas atribuições. Dar exercício significa autorizar o início do trabalho ao servidor, e indicar quais são os seus componentes na prática, pois um primeiro conhecimento teórico das suas atribuições o servidor já o teve quando de sua posse, conforme o art. 13 exige.

O longo § 4º, acrescido pela Lei n. 9.527/97, prescreve que o início do exercício da função de confiança será o próprio dia da publicação do ato de designação, salvo se regularmente licenciado ou afastado o servidor designado, sendo que nessa hipótese o exercício deverá se iniciar no primeiro dia após o impedimento, desde que tal data não exceda trinta dias da publicação.

O comentário é que aquele prazo poderia denominar-se *não prazo*, pois que não contém lapso algum, sendo de imaginar que o servidor designando a cada ocasião já esteja de sobreaviso aguardando a publicação do ato designatório, ou de outro modo a situação se torna até mesmo cômica, com a disparada *corrida ao exercício*.

Mas isso, mesmo em sendo assim, contraria marcadamente o que segue no parágrafo, pois o final do texto admite que o servidor designado esteja afastado, ou licenciado. Ora, se é tão urgente o necessário início do exercício da função de confiança, como o início do parágrafo evidencia, então como admitir tal espera, uma delonga de até trinta dias?

Essas regras não são nada coerentes entre si, como é nítido, porém o que resta claro é que jamais pode ser ultrapassado o prazo de trinta dias, contado da publicação do ato de designação para função de confiança, para o início do seu

exercício pelo designado, pena de ser tornado, *ipso facto*, sem efeito, ou nulo, o ato de designação, conforme manda o § 2º deste art. 15.

E, tendo sido tornado sem efeito, pelo princípio da paridade dos meios assim deve ser declarado oficialmente, por publicação na imprensa oficial, pela mesma entidade pública designadora.

II

A (então) Secretaria da Administração Federal, através de seu Departamento de Recursos Humanos, expediu, mencionando o art. 15 da L. 8.112, as Orientações Normativas n. 23, 26 e 27.

A Orientação Normativa n. 27 mencionou a Medida Provisória n. 286, mas esta se converteu na Lei n. 8.162, de 8-1-1991. Nestas Orientações referem-se importantes efeitos da noção de efetivo exercício, como quanto à questão do adicional por tempo de serviço e a da licença-prêmio por assiduidade, onde a apuração das condições se prende estritamente à delimitação legal do que seja efetivo exercício, tudo conforme a seu tempo será comentado.

Art. 16. O início, a suspensão, a interrupção e o reinício do exercício serão registrados no assentamento individual do servidor.

Parágrafo único. Ao entrar em exercício, o servidor apresentará ao órgão competente os elementos necessários ao seu assentamento individual.

I

Fixa o art. 16 que o início, a suspensão, a interrupção e o reinício do exercício serão registrados no assentamento individual do servidor.

Início de exercício é expressão que não contém qualquer dificuldade de imediata inteligência: é o dia em que a autoridade competente dá exercício, na

forma do art. 15, § 3º, ao servidor; este é o termo inicial de sua vida junto à Administração.

Suspensão do exercício é instituto que figura na L. 8.112, como figurava na Lei n. 1.711/52, mas que aqui como lá nunca mereceu do legislador o cuidado da definição no corpo da própria lei. Se a palavra houvesse sido isoladamente inscrita na lei, menos mal; ocorreu entretanto de vir ao lado da palavra *interrupção*, que evidentemente é conceito diverso, e significa outro instituto — ou não teria havido a separação na lei.

Suspensão, a só teor da L. 8.112, é uma penalidade imposta ao servidor, pelo cometimento de faltas ali capituladas; apenas isso a L. 8.112 prescreve sobre suspensão. Quanto à interrupção, os arts. 16 e 17 voltam a mencioná-la, sem entretanto precisar o que significa quando confrontada com suspensão.

Pode-se trazer ao assunto o conceito trabalhista de suspensão e de interrupção do contrato, que é o seguinte: para o direito do trabalho, suspensão do contrato é a retirada provisória de qualquer seu efeito, afora continuar existindo. Um contrato suspenso não gera direito à contagem de tempo, ao pagamento do salário, e nem, para o contratado, obrigação de trabalhar. O empregado é quem dá causa, regra geral, à suspensão do contrato, ou por pedi-la e ser-lhe concedida ou pelo cometimento de falta que enseje tal penalização por parte do empregador.

A interrupção do contrato de trabalho, por outro lado, é aquela retirada apenas de alguns de seus efeitos, a que não deu causa o empregado; por isso na interrupção todos os efeitos do contrato para o empregador são exigíveis, e nem todos para o empregado (como a obrigação de trabalhar). Na interrupção o empregado não precisa trabalhar, mas o empregador precisa contar seu tempo de serviço e pagar-lhe o salário correspondente ao período; trata-se de hipóteses como a inundação da sede do local de trabalho, a que não deu causa o empregado.

A L. 8.112, repetindo a frivolidade da Lei n. 1.711/52 ao prever o instituto de

forma inovadora sem indicar o que significa, exige do intérprete qualidades de excepcional clarividência, ou de ousadia e atrevimento que a própria tradição jurídica reprime. É significativo, por outro lado, que nenhum intérprete dos estatutos federais e estaduais (SP) anteriores à CF/88, assim como o antigo DASP, bem como os Tribunais Superiores, provocados, jamais esclareceram esta questão: a diferença entre suspensão e interrupção do exercício. Será, talvez, porque no entender de todos esses órgãos não há diferença alguma, o que custa acreditar.

Seja como for, é possível entender que suspensão no mínimo significa a paralisação da contagem do exercício do cargo, quer a pedido ou por causas dadas pelo servidor, quer a título de penalidade imposta pela Administração.

Interrupção do exercício deve ser modalidade da suspensão, considerada tradicionalmente como sinônima em alguns casos de suspensão, tais quais gêneros diferentes da mesma espécie, aplicada a hipóteses circunscritas a regulamentos e instruções. Lamentavelmente qualquer avanço na interpretação do que a lei estouvadamente lançou e não interpretou seria temerária aventura, desprovida de conteúdo científico mas a que sobejaria arbitrariedade. Bem ou mal, a matéria há de ser resolvida em regulamento.

Reinício do exercício é o fim da suspensão ou da interrupção; é o começo da sua recontagem; é o momento em que o servidor retorna à sua atividade efetiva, ao seu trabalho rotineiro, à sua atuação prática. Tanto o início do exercício quanto seu reinício, quanto mesmo a suspensão e a interrupção, todos esses atos precisam ser registrados, com data, no assentamento individual do servidor, que é o impresso, a ficha que a Administração mantém para cada servidor, onde em campos próprios obrigatoriamente anota todos os fatos relevantes ocorridos ao longo de sua relação profissional junto à Administração.

O assentamento é às vezes denominado prontuário, ficha de registro, ficha de assentamento, ou diferentemente. Deve indicar, ao primeiro lance de olhos, todos os antecedentes funcionais do servidor que apresentem importância para algum

efeito, sobretudo futuro, que tanto a Administração quanto o servidor precisem produzir.

II

O parágrafo único deste art. 16 impõe ao servidor que pretenda entrar em exercício apresentar ao órgão competente de pessoal todos os elementos requeridos para o seu perfeito assentamento individual, ou seja, todos os dados e as informações pessoais de que o órgão necessite para a correta identificação e o perfeito assentamento funcional do servidor.

O assentamento, repita-se, é documento de extraordinária importância para a Administração, e como tal deve ser mantido permanentemente atualizado, pois a todo tempo constitui o banco de informações sobre o servidor, que compreensivelmente deve ser o mais completo possível.

Art. 17. A promoção não interrompe o tempo de exercício, que é contado no novo posicionamento na carreira a partir da data de publicação do ato que promover o servidor. (Redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

Este art. 17, com sua nova redação dada pela Lei n. 9.527/97, fixa que a promoção, que é forma de provimento dos cargos públicos, não interrompe o tempo de exercício, o qual é contado, no novo cargo ou na nova posição na carreira horizontal, já a partir da data da publicação na imprensa do ato de promoção do servidor. No momento, portanto, da publicação, o exercício continua sendo contado, só que em outra situação o servidor; não existe dessa forma qualquer interrupção no continuado fluxo do exercício.

A previsão, aqui, de apenas uma modalidade de provimento faz concluir que as demais *interrompem* o tempo de exercício. A reversão, por exemplo, prevista no art. 8º, interrompe o exercício desde o momento em que o servidor é

aposentado, desde a publicação do ato respectivo na imprensa, até o momento em que reassume o cargo para onde foi revertido — e nesse exemplo custa-se a imaginar algo diverso disso.

Naquele interregno está interrompido seu exercício, por interpretação lógica da negativa da ordem constante do art. 17. O mesmo referido para a transferência se afirme quanto à readaptação, à reintegração, ao aproveitamento e à recondução, modalidades todas de provimento como são, as quais interrompem o exercício. Interromper o exercício significa não contar o tempo respectivo, em princípio para nenhum efeito.

Art. 18. O servidor que deva ter exercício em outro Município em razão de ter sido removido, redistribuído, requisitado, cedido ou posto em exercício provisório terá, no mínimo, (10) dez e, no máximo, 30 (trinta) dias de prazo contados da publicação do ato, para a retomada do efetivo desempenho das atribuições do cargo, incluindo nesse prazo o tempo necessário para o deslocamento para a nova sede. (Caput com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

§ 1º Na hipótese de o servidor encontrar-se de licença ou afastado legalmente, o prazo a que se refere este artigo será contado a partir do término do impedimento. (§ 1º incluído pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

§ 2º É facultado ao servidor declinar dos prazos estabelecidos no caput. (§ 2º incluído pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

I

O art. 18 foi alterado para muito pior pela Lei n. 9.527/97. Outra vez se nota o dedo do revisor leigo ou desavisado, e que de resto parece nunca ter tido contato com textos jurídicos. A forma anterior era muito mais sintética e lógica.

Complementando a ordem do art. 17, este artigo fixa prazo *mínimo* de dez dias, e máximo de trinta dias, para o servidor que tenha sido removido, ou

requisitado, ou posto para ter exercício provisório ou cedido para ter exercício em outro Município retomar o exercício no cargo para onde tenha sido remetido através de alguma dessas modalidades de deslocamento. Todas elas implicam ter exercício em outra localidade, diferente da sua de origem; por essa razão o exercício se interrompe.

Novidade foi a previsão de *exercício provisório*, que a lei fixou sem entretanto informar o que seja, nem como se executa, nem por que motivo existe. Se algum servidor, portanto, for colocado em exercício provisório, isso ilegal não será — porque a lei o menciona —, porém estará num quadro sem regras específicas, sem disciplinamento sequer mínimo, o que resulta muito pouco aceitável num estatuto de servidores.

Inclui-se no prazo mensal mencionado o tempo necessário ao deslocamento para a nova sede. Explica-se tal previsão pelas dificuldades ingentes que às vezes tem o servidor que a pedido pode ser removido do Rio Grande do Sul para o Acre, dentro do mesmo órgão.

Imagine-se quão difícil, demorada e custosa é a mudança do servidor, eventualmente com sua família, para localidade absolutamente estranha e distante daquela à qual se habituara; daí o prazo de um mês inteiro, para lhe possibilitar o deslocamento. Isso entretanto não implica a contagem do tempo de exercício, para qualquer efeito, durante o deslocamento dentro do prazo mensal, uma vez que, desde o desligamento até a assunção na nova localidade, exercício de fato não houve.

O que não se pode compreender é a fixação de um prazo mínimo para a retomada do exercício, pois isso parece significar que o servidor não pode, se conseguir deslocar-se para a nova sede de um para outro dia, já nesse outro dia reassumir o exercício de seu cargo — e isso não faz o menor sentido. Com que sentido a Administração *impede* a retomada no dia seguinte não se pode compreender.

E tanto mais misterioso se demonstra o artigo quando se lê de seu § 2º que é

facultado ao servidor “declinar dos prazos estabelecidos no *caput*”. Ora, declinar do prazo mínimo de dez dias é compreensível, de modo que esse prazo, que não existia no direito anterior, nem precisaria estar agora previsto na lei, porém *declinar do prazo máximo*, que sentido tem essa expressão?

Se o prazo é máximo, então o servidor está simplesmente proibido de retomar o exercício se o ultrapassar, não fazendo o menor sentido imaginar que alguém possa abrir mão de uma limitação, uma restrição de direito, ou um dever. Seria exatamente o mesmo que o advogado “declinar” do prazo máximo que tem para ingressar com determinado recurso, ou o mesmo que o servidor “declinar” do prazo que tem para tomar posse, após publicada a nomeação. Ninguém declina de obrigação, de imposição, mas só de direitos.

E, diante do § 2º, ficam sem sentido tanto o prazo máximo de trinta dias quanto o mínimo de dez, se ambos são “declináveis” pelo servidor.

Imagina-se, em nome da sobriedade da lei — já que o legislador não foi sóbrio, mas simplesmente patético neste passo —, que declinável seja apenas o prazo mínimo de dez dias, mas nunca o de trinta, que é obrigação observar, ou de outro modo esvazia-se todo o artigo.

II

O § 1º atribui um direito, ao servidor, semelhante àquele previsto no § 2º do art. 13, e que lhe garante contar o prazo mensal concedido pelo *caput* do art. 18 apenas a partir do término do afastamento ou do impedimento, caso ele esteja legalmente afastado do seu cargo, quando colhido pela remoção, redistribuição, requisição ou cessão, na forma do *caput.*

E não existe outra limitação a esse direito neste artigo, de modo que, por mais que o afastamento ou impedimento se prolongue, o direito à retomada, a qualquer tempo, do exercício, está assegurado ao servidor.

O art. 18 é um mau momento da L. 8.112, que piorou gratuitamente a sua redação anterior, sem daí extrair qualquer mínimo proveito nem para a

Administração nem para o servidor.

Art. 19. Os servidores cumprirão jornada de trabalho fixada em razão das atribuições pertinentes aos respectivos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de 40 (quarenta) horas e observados os limites mínimo e máximo de 6 (seis) horas e 8 (oito) horas diárias, respectivamente. (Caput com redação dada pela Lei n. 8.270, de 17-12-1991.)

§ 1º O ocupante de cargo em comissão ou função de confiança submete-se a regime de integral dedicação ao serviço, observado o disposto no art. 120, podendo ser convocado sempre que houver interesse da Administração. (§ 1º com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica à duração de trabalho estabelecida em leis especiais. (§ 2º com redação dada pela Lei n. 8.270, de 17-12-1991.)

I

Obriga-se pelo art. 19 cada servidor efetivo a prestar até quarenta horas semanais de trabalho, o que significa cinco dias de oito horas cada, bem conforme a tradição do serviço público brasileiro, encampada até mesmo pela Constituição Federal, art. 7º, XIII.

Outras leis, entretanto, podem estabelecer duração diversa do trabalho, como seguramente o farão, e como já têm feito quando referentemente a profissões regulamentadas para as quais as leis federais preveem outras cargas horárias normais. É o caso dos médicos, dos professores, dos mecanógrafos, dos ascensoristas e de outros profissionais, e essa é a previsão, desde logo enunciada, do § 2º deste artigo.

Seja como for, e ainda no § 2º, haverá de ser alguma lei de âmbito e escopo

exclusivamente *federal*, destinada aos servidores federais independentemente do que disponha cada lei *nacional* regulamentadora de profissão, a fixadora de horários diferentes de quarenta horas semanais para os servidores federais. Essa legislação precisará dispor, expressamente, sempre que a carga horária deste ou daquele cargo federal seja diferente de quarenta horas semanais.

Quer-se significar que a lei que crie os cargos, ou outra ainda se a eles referente, *precisa* prever-lhe a carga horária, sempre que for diferente daquela normal, prevista neste art. 19.

Não se aplica o horário eventualmente estabelecido na legislação trabalhista disciplinadora de profissões aos servidores submetidos ao regime estatutário, mas tão somente a trabalhadores celetistas, servidores públicos ou empregados da iniciativa privada, conforme já decidiu o STJ, nesses termos: "1. Os servidores públicos deverão cumprir jornada de trabalho que terá um mínimo de seis e um máximo de oito horas diárias, impondo-se reconhecer que a fixação dessa carga horária está adstrita ao interesse da Administração pública, tendo em conta critérios de conveniência e oportunidade no exercício de seu poder discricionário, voltado para o interesse público e o bem comum da coletividade. 2. *Com a edição da Lei n. 8.112/90, restaram superados os comandos da Consolidação das Leis do Trabalho, anteriormente aplicáveis a esses servidores, uma vez que a relação trabalhista foi absorvida pela relação estatutária, que passou a reger, de forma específica, as relações entre os servidores e o Poder Público"* (MS n. 4.334, no Proc. 199500643111-DF, 3ª Seção, j. 25-11-1998, e grifamos)**[29]**.

II

Observa-se que os cargos de provimento em comissão e as funções de confiança também têm carga horária fixada na L. 8.112, mas não de forma explícita ou numericamente objetiva, referindo-se a lei apenas a que devem submeter-se ao regime da "integral dedicação ao serviço", e observar o disposto

no art. 120, sobre acumulação de cargos que a seu tempo será focado.

Nas edições anteriores afirmamos enfaticamente que esse regime representava o de quarenta horas semanais, e que esta rigidez, francamente, revela-se utópica diante da realidade da Administração, porque as atribuições do cargo em comissão refogem completamente à rígida rotina e à dedicação horária fixa do servidor efetivo.

Com efeito, as atribuições dos servidores de confiança não permitem exigir-lhes permanecerem oito horas por dia dentro da repartição onde tenham exercício, numa rotina de trabalho muito própria a servidores burocráticos cuja presença física seja necessária a todo tempo; ou, de outro modo, não existiriam cargos em comissão.

Cargos em comissão são aqueles de direção, de chefia, mas também de *representatividade* da autoridade superior, que exige deslocamentos constantes, comparecimentos a outros órgãos, a festividades, a inaugurações, a conclaves técnicos e muitas vezes políticos, que em tudo excepcionam o regime normal de trabalho do servidor efetivo.

Ainda que a dedicação integral pareça estar de fato significando a jornada plena de trabalho, o fato é que essa previsão *não consta expressa na lei*, e a esta altura do trato com o estatuto faz-se necessário emendar os comentários anteriores, para deles excluir tanta peremptoriedade, e isso fazemos agora, penitenciando-nos junto ao leitor pela leitura anterior do dispositivo, o § 1º deste art. 19.

Admite-se portanto que regras locais, infralegais, setoriais, possam definir de outro modo, dentro de cada repartição, Poder ou entidade, o que signifique a “dedicação integral ao serviço” genericamente estabelecida na L. 8.112, e que tal não signifique sempre o regime de quarenta horas emanais.

III

Não tem a mínima técnica, senão como tentativa de excepcional cuidado

com a coisa pública, a previsão “integral dedicação ao serviço” querendo significar carga horária de trabalho, pois que integral dedicação todo servidor deve à Administração, e não apenas aqueles em comissão. Não se trata de mais que um dever originário e nato de qualquer servidor ou empregado, enquanto trabalha, dedicar integral dedicação ao seu serviço, mas isso nada significa senão um modo de trabalhar, uma atitude profissional ante os trabalhos a executar, jamais expressando horário a não ser que a explicação do conceito venha logo a seguir com esse sentido.

Por outro lado, e seguindo na dicção do § 1º, convocado, todo servidor pode ser, a qualquer tempo, pela Administração para o fim legítimo que for, por simples poder hierárquico. Esta previsão do art. 19, até este ponto, dá a ideia de que o servidor em comissão deve trabalhar algo como quarenta horas por semana em algum lugar, podendo ser convocado quando houver interesse da Administração.

Percebe-se que o legislador hesitou entre deixar o ocupante do cargo em comissão inteiramente livre no desempenho de seu trabalho e prendê-lo expressamente, com todas as letras, ao regime de quarenta horas, que lhe é totalmente impróprio e inadequado, e ao exercício na sede predeterminada.

E, ainda quanto a horário para os cargos em comissão, um só efeito, para que se tenha noção da impropriedade de pretender que o servidor em comissão preste quarenta horas semanais de trabalho, é o de que se precisará, nesse caso, considerar hora extraordinária toda aquela que exceder a esse tempo.

Como o servidor em comissão muitas vezes trabalha à noite ou em fins de semana, conforme exijam a estatura e as próprias atribuições do seu cargo, deveria a Administração, nesse caso, pagar-lhe *horas extraordinárias*, acrescidas de pelo menos 50%, de acordo com a CF/88, art. 7º, XVI, somadas ao acréscimo por trabalho noturno e àquele eventualmente existente no regime estatutário federal por serviço prestado em fim de semana, sempre que se exceda a carga de 40 horas, máxima, prevista no *caput*. Feito isso, logo se constata a absoluta

inadequação da jornada plena e rigidamente controlada ao servidor em comissão, cujos efeitos decerto não foram admitidos pelo legislador federal, nem sequer suspeitados mesmo após o evento da Lei n. 8.270/91.

Dispositivos como o § 1º do art. 19 são pretensa e idealmente moralizadores, mas, pela imprecisão conceitual, de resto facilmente evitável com regras numéricas ou com remissão a regras infralegais que completassem o amplo balizamento da L. 8.112 neste tema de horário de trabalho, podem gerar a consequência prática de desacreditar o legislador e a regra.

Art. 20. Ao entrar em exercício, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo ficará sujeito a estágio probatório por período de 24 (vinte e quatro) meses, durante o qual a sua aptidão e capacidade serão objeto de avaliação para o desempenho do cargo, observados os seguintes fatores:

I - assiduidade;

II - disciplina;

III - capacidade de iniciativa;

IV - produtividade;

V - responsabilidade.

§ 1º 4 (quatro) meses antes de findo o período do estágio probatório, será submetida à homologação da autoridade competente a avaliação do desempenho do servidor, realizada por comissão constituída com essa finalidade, de acordo com o que dispuser a lei ou o regulamento da respectiva carreira ou cargo, sem prejuízo da continuidade de apuração dos fatores enumerados nos incisos I a V do caput deste artigo. (Redação dada pela Lei n. 11.784, de 22-9-2008.)

§ 2º O servidor não aprovado no estágio probatório será exonerado ou, se estável, reconduzido ao cargo anteriormente ocupado, observado o disposto no parágrafo único do art. 29.

§ 3º O servidor em estágio probatório poderá exercer quaisquer cargos de provimento em comissão ou funções de direção, chefia ou assessoramento no órgão ou entidade de lotação, e somente poderá ser cedido a outro órgão ou entidade para ocupar cargos de Natureza Especial, cargos de provimento em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores — DAS, de níveis 6, 5 e 4, ou equivalentes. (§ 3º incluído pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

§ 4º Ao servidor em estágio probatório somente poderão ser concedidas as licenças e os afastamentos previstos nos arts. 81, incisos I a IV, 94, 95 e 96, bem assim afastamento para participar de curso de formação decorrente de aprovação em concurso para outro cargo na Administração Pública Federal. (§ 4º incluído pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

§ 5º O estágio probatório ficará suspenso durante as licenças e os afastamentos previstos nos arts. 83, 84, § 1º, 86 e 96, bem assim na hipótese de participação em curso de formação, e será retomado a partir do término do impedimento. (§ 5º incluído pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

I

Este artigo trata do *estágio probatório* do servidor nomeado para cargo de provimento efetivo, ou seja, aquele concursado, pois a nomeação para cargo de provimento efetivo só é deferida constitucionalmente a quem se tenha habilitado em concurso público.

Durante o período de avaliação serão mensuradas sua assiduidade, sua disciplina, sua capacidade de iniciativa, sua produtividade e sua responsabilidade. Existem evidentemente outros fatores importantes ao reconhecimento da capacidade profissional do servidor em estágio probatório; a L. 8.112, entretanto, elencou apenas estes cinco como ensejadores do reconhecimento, pela Administração, da proficiência mínima exigida. Em

existindo, em grau suficiente, apenas estes cinco requisitos, precisa a Administração confirmar o servidor, permitindo-lhe alcançar a estabilidade no serviço público.

Aqui a L. 8.112 disciplinou, valendo para até a EC n. 19/98, a ordem genérica do art. 41 da Constituição Federal, através da qual o servidor efetivo, durante *vinte e quatro meses* após iniciar o exercício, precisava demonstrar, para o fim de adquirir estabilidade no serviço público, aptidão e capacidade para o desempenho do cargo. Àquele período bienal a lei então denominou *estágio probatório.*

Ocorre que a Constituição mudou com a EC n. 19/98, passando o art. 41 a exigir *três anos* de período probatório como requisito à estabilização do servidor concursado, mas a L. 8.112 não se atualizou em face da nova ordem constitucional, e o estatuto do servidor federal permanece, pateticamente, referindo-se ao período de dois anos como suficiente à estabilização, exatamente como era antes, e já tendo decorrido o lapso de mais de sete anos da alteração constitucional.

A antiga MP n. 431/2008, como se disse à nota introdutória da 6ª edição, havia atualizado a redação do *caput* deste art. 20, passando de dois para três anos o período de estágio probatório e com isso constitucionalizando à perfeição o texto da L. 8.112. Inexplicavelmente, porém, o Congresso Nacional, ao converter a MP na Lei n. 11.784/2008, desfez aquela atualização e, "repristinando-a" após cerca de quatro meses de *atualidade constitucional*, manteve a redação original do *caput*, de 1990, e com isso ficou mantido o odioso divórcio entre Constituição e L. 8.112.

Desse modo, perdida a grande oportunidade e destruído um grande e muito ansiado trabalho do Executivo, quanto tempo a nação ainda precisará esperar para ver a lei coincidir com a Carta é absolutamente incerto.

A ação nefasta do parlamentar naquele episódio evidencia o seu mais absoluto desinteresse sobre o tema do servidor público, pois não poderia

permanecer inalterada a L. 8.112 ante a drástica alteração do mesmo direito na própria Constituição.

Sim, porque se a Carta em 1998 ampliou de dois para três anos o período de confirmação do servidor no serviço público, jamais poderia a lei silenciar ante isso. Quando um presidente estrangeiro, em visita ao Brasil, teria afirmado que *este não é um país sério,* ou já conhecia episódios semelhantes em nossa história, ou antevia acontecimentos como este. E, se inquestionavelmente já evoluiu a L. 8.112 graças às demais alterações que nesta edição se comentam, quanto ao *caput* do art. 20, um inexplicável retrocesso teve lugar após a transitória evolução que a MP n. 431/2008 lhe propiciara durante os quatro meses, de saudosa memória, em que vigorou.

O fato continua entretanto sendo o seguinte: com dois anos ninguém se estabiliza no serviço público, mesmo que concursado. Desde a EC n. 19/98 passaram a ser necessários três anos para tanto.

Quanto à tão consagrada expressão *estágio probatório,* trata-se de uma construção da lei, pois em verdade nunca a Carta se referiu a estágio probatório algum, de modo que esse rótulo, esse *nomem juris,* essa festejada denominação do direito administrativo é puramente legal, sem dizer de doutrinária, mas nunca foi originariamente constitucional.

É bem certo que a EC n. 19/98, em seu art. 28, *que constitui matéria constitucional autônoma e completamente fora do corpo da Constituição,* mencionou a expressão "estágio probatório", porém, repete-se, *estágio probatório* é expressão que jamais constou da própria Constituição.

E assim sendo, dentro da lei não se trata propriamente de um instituto jurídico, mas do mero apelido que a lei deu a um necessário período de provação do servidor concursado e empossado, porém ainda não estabilizado no serviço público. Se instituto jurídico existe neste caso, é, portanto, de índole constitucional, a lei apenas lhe dando um nome que a Constituição não deu.

Desse modo, não deve provocar maior perplexidade a existência de alguns

conhecidos acórdãos a informar que o estágio probatório permanece bienal, mas o lapso necessário à estabilização do servidor concursado aumentou de dois para três anos. Sim, porque a L. 8.112, tendo permanecido inalterada, mantém a sua denominação de *fantasia* (estágio probatório) anterior *ipso facto* inalterada, mas isso, como se disse, pouco importa ante a Constituição, que aumentou o período estabilizatório de dois para três anos — apelidado legalmente do que quer que seja. Apenas deixará de ter sentido a decisão judicial que disser que o estágio probatório continua bienal no dia em que a Constituição disser que o estágio probatório — com estas palavras — for de outra duração.

No sentido de que uma coisa é a estabilização, que exige do servidor três anos de exercício, e outra é o estágio probatório, que até este momento está mantido em prazo bienal pela L. 8.112, decidiu o e. Tribunal Superior de Justiça, no MS n. 9.373-DF, rel. Min. Laurita Vaz, em 25-8-2004**[30]**.

E sobre o tema decidiu o TRF-1ª Região: "1. A teor do art. 20 da Lei n. 8.112/90 c/c o art. 41 da Constituição Federal de 1988, em sua redação anterior à Emenda Constitucional n. 19/98, superado o período de 24 meses durante o qual era averiguado se o servidor nomeado em virtude de concurso público satisfazia as exigências da Administração Pública, o servidor público tornava-se estável. O estágio probatório compreendia o período de dois anos de efetivo exercício no cargo, não se exigindo, entretanto, que o referido lapso de tempo fosse ininterrupto. 2. É legal o afastamento do servidor não estável para fundamentar a segunda etapa do concurso para provimento de cargo de fiscal do trabalho, não sendo considerado, contudo, como de efetivo exercício, nos termos do art. 102 da Lei n. 8.112/90" (AMS n. 96.01.21472-0-DF, 1ª Turma, *DJ*, 7-6-1999).

Mas as dificuldades sobre estabilização não param por aí, em face do que dispõe o § 4º do art. 41 da Constituição, como será visto adiante.

II

A estabilidade do servidor não é em seu cargo, mas *no serviço público*,

conforme prevê corretamente o art. 21, a seguir comentado.

Importa observar que a L. 8.112 teve muito maior cuidado que a legislação estatutária anterior no disciplinar essa matéria. Por vez primeira na legislação federal estabeleceu-se que, quatro meses antes de terminado o biênio de estágio probatório, ou seja, até o fim de seu trigésimo segundo mês, a avaliação do desempenho do servidor até então em estágio será submetida à homologação da autoridade competente, e aquela avaliação será realizada pela Administração conforme o que disponha ou a lei ou o regulamento do sistema de carreira respectivo.

Quer isto significar que, durante os trinta e dois primeiros meses, o desempenho do estagiário será permanentemente avaliado pela Administração *por comissão especialmente designada para essa finalidade* — como coincidentemente sugerimos na edição anterior — com relação ao menos aos cinco requisitos previstos no rol de incisos do art. 20.

Municiadas de formulários e impressos adequados, onde constem campos próprios para avaliação de assiduidade, disciplina, iniciativa, produtividade e responsabilidade, a Administração, pela comissão acima referida, precisará avaliar continuadamente o cumprimento daqueles requisitos pelo servidor em estágio probatório, para, ao cabo de trinta e dois meses no máximo, apresentar os resultados à autoridade superior, que deve homologá-los caso com eles concorde, ou, não o fazendo, justificadamente indicar por que não homologa a avaliação.

Compete sempre a essa autoridade confirmar o estagiário no seu cargo, ou dele destituí-lo por inaptidão, vale dizer, acatando ou não as indicações dos responsáveis pela avaliação (a comissão). A avaliação deve obedecer a parâmetros de lei, ou, se o cargo estiver disposto em carreira, o que disponha o respectivo regulamento, porque não se admitiria uma avaliação procedida sem a observância de rígido esquema de requisitos e de condições que visem afastar qualquer subjetivismo no procedimento.

Quanto à comissão avaliatória que a L. 8.112, por força da alteração dada

pela Lei n. 11.784/2008, determina passar a existir, nenhuma outra regra a L. 8.112 impõe à sua constituição, composição e funcionamento. A matéria está apenas genericamente alinhavada na lei e constitui assunto interno de cada repartição federal, dentro de cada Poder e cada circunscrição regional ou local, ou instância, de cada qual, a ser regulada por instruções e por regulamentos competentes.

Existe copiosa jurisprudência, até mesmo do STF sob a Carta anterior, no sentido de que não pode o servidor aprovado em concurso e ainda em estágio probatório ser demitido, ou desligado do serviço, se sua incapacidade para o desempenho do cargo não estiver atestada num minucioso expediente administrativo. Essa jurisprudência, que protegia o estagiário do arbítrio da Administração, agora perdeu importância para o servidor federal, já que foi expressamente incorporada pela própria L. 8.112, neste artigo.

III

A esta altura é preciso falar do § 4º do art. 41 da Constituição. Introduzido pela EC n. 19, de 4 de junho de 1998, esse dispositivo prevê que como condição para a estabilização do servidor concursado precisará ele ser submetido a uma "avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade".

A L. 8.112 em momento algum se refere a essa estatuição constitucional, porque quanto a esta específica questão o governo nunca demonstrou nenhum interesse em adaptar o estatuto dos seus próprios servidores à Constituição Federal, de modo que o impasse restou até aqui, por certo, às unidades de pessoal do serviço público federal.

O que se tem a comentar quanto a isso, e que já foi dito em obra sobre os servidores públicos até a EC n. 20**[31]**, é que "o que enseja estranheza, no sistema adotado pela Carta, é a previsão do § 4º, deste art. 41, inédito no ordenamento, e o qual acrescenta ao triênio probatório uma avaliação especial de desempenho, a ser realizada por comissão para tanto constituída, como condição

adicional para a estabilização. *En passant* registre-se que aquela referida avaliação pode e sempre pôde ser livremente realizada desde a promulgação da EC 19, sem qualquer embaraço já que não dependia o § 4º de regulação alguma, bastando para tanto que cada entidade constituísse a comissão avaliadora mencionada no texto.

Ocorre que, ante a regra incisiva, taxativa, peremptória e inflexível do *caput*, faz-se necessário concluir que toda e qualquer avaliação especial de desempenho haverá obrigatoriamente de ser realizada e concluída *dentro do triênio do 'caput'*, ou de outro modo, se não o for, por impedir a estabilização que o *caput* assegura, estará simplesmente negando o direito à mesma estabilização ali tão enfaticamente declarado — o que não faz nem tem o menor sentido material, lógico, técnico ou jurídico.

Realize-se, sim, avaliação especial, ou especialíssima, ou mais ou menos especial, porém sempre dentro do triênio anunciado à testa do artigo, sem alternativa aceitável. Se não for concluído *o desligamento* do servidor estagiário, reprovado na avaliação dentro do estágio probatório, dentro dos três anos referidos no *caput*, então estará ele, *ipso facto*, automática e mecanicamente estabilizado no serviço público, no quadro funcional respectivo.

Responsabilize-se, então na hipótese, a autoridade que deveria ter concluído a avaliação dentro do triênio probatório e não o fez, mas jamais passe pela cabeça de alguém a ideia — a insana ideia — de pretender negar estabilidade ao servidor efetivo concursado com mais de três anos de efetivo exercício de seu cargo".

Ainda que uma ou outra voz divergente já se faça ouvir em nosso país, o que parece claro é que não pode a incúria ou a inação da Administração prejudicar o direito à estabilização do servidor nomeado, se decorrido o triênio de efetivo exercício no cargo concursado, constitucionalmente exigido. Não parece ter o mínimo sentido a ideia — inimaginável e inconcebível até bem recentemente — de que, se a Administração não realizar a avaliação especial de desempenho (CF,

art. 41, § 4º), isso obrigue o servidor a ingressar com ação judicial, como um mandado de segurança, visando obrigar a sua realização.

Seria a primeira vez em que se cogitaria de uma ação para obrigar o Poder Público a avaliar servidor, para que este possa então, se aprovado, estabilizar-se no serviço público. A ideia de o servidor em estágio probatório precisar buscar judicialmente um procedimento administrativo que lhe permita estabilizar-se no serviço público é essencialmente doentia, e não pode ser tida minimamente a sério.

IV

O § 2º do art. 20 introduz novidade importante com relação ao resultado de inabilitação, referente ao servidor em estágio probatório, prescrevendo-lhe duas possibilidades de destinação: a primeira, que é a de esperar, é a exoneração; a segunda, relativa à hipótese de o servidor ser já estável no serviço público, é a sua *recondução* ao cargo anterior.

Na primeira hipótese, quando a avaliação do desempenho do estagiário o desfavorece, indicando que não demonstrou capacidade para manter-se no cargo, a autoridade simplesmente o exonera, desligando-o expressamente do serviço público. Tal ato não tem caráter de punição, mas expressa o resultado de uma avaliação, posterior ao concurso e à posse, que não foi favorável ao servidor estagiário.

É de certo modo contestável a própria existência do estágio probatório, previsto na Constituição e na lei, uma vez que desprestigia a suficiência do concurso público, que é sabidamente árduo e desgastante, a que se submeteu o candidato; indica não ser o concurso capaz de, só em si, avaliar a qualificação, para o serviço público, do candidato aprovado.

Há quem defenda, entretanto, ardorosamente, o estágio probatório, enfatizando a insuficiência do concurso para demonstrar habilidades que só o exercício diário costumeiro indicaria existirem. Seja como for, não mais se

admite o silêncio da Administração como a significar aprovação no estágio e automática estabilização do servidor. A teor do art. 20, todo o tempo de estágio probatório obriga a uma avaliação expressa, e sua comunicação à autoridade para que confirme o servidor no seu cargo, ou que o exonere sem caráter de penalidade.

A segunda hipótese prevista no § 2º do art. 20 diz respeito ao instituto da recondução do servidor não aprovado no estágio probatório de um novo cargo que ocupe, observado sempre o que dispõe o art. 29 da L. 8.112. Tal art. 29 determina que recondução é o retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado, e decorrerá de inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo.

Observa-se assim que esta última previsão do § 2º ventila hipótese de um servidor já estável na Administração federal — quer no emprego que tenha sido transformado em cargo por força do art. 243 da L. 8.112, quer em outro cargo estatutário anteriormente ocupado.

São com efeito duas as possibilidades: a primeira diz respeito às estabilizações excepcionais que o art. 19 do ADCT da CF/88 obrigou, sem ter havido concurso, em cargo efetivo ou em emprego permanente, desde que ocupados havia pelo menos cinco anos ininterruptos. A segunda possibilidade é referente ao servidor que ocupasse outro cargo para o qual tivesse sido concursado.

Em uma como em outra hipótese, querendo o servidor estável submeter-se a concurso para outro cargo, a sua simples inscrição nesse concurso, a sua aprovação e a sua classificação, seguidas pela sua nomeação, pela sua posse e pelo seu exercício, não precisam significar, só em si, a exoneração do cargo anterior, porque, enquanto não confirmado neste novo estágio probatório o servidor, ora novamente concursado, não estará ele confirmado no novo cargo, ainda que já tenha sido confirmado no serviço público graças à estabilização por força da primeira situação.

Desta sorte, apenas a confirmação no estágio probatório do novo cargo

extingue a situação anterior, pertinente ao cargo onde o servidor se estabilizou. Se não confirmado no estágio probatório deste último cargo, o estagiário será então reconduzido ao seu antigo cargo, em razão do qual estava estabilizado no serviço público.

Observa-se que o estágio probatório exitoso para um cargo não aproveita necessariamente ao servidor, aprovado em novo concurso para outro cargo, diferente, onde, portanto, precisará submeter-se a novo estágio. Cargos diferentes, segundo o plano de carreira ou a própria lei, exigem estágios probatórios diferentes, cada qual completo.

Nesse exato sentido deliberou o STF: "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 n. 8.112/90. É que, enquanto não confirmado no estágio do novo cargo, não estará extinta a situação anterior. II. Precedentes do STF: MS n. 22.933-DF, Min. O. Gallotti, Plenário, 26.6.1998, *DJ*, de 13.11.1998. III. Mandado de Segurança Deferido" (MS n. 23.577-DF, Pleno, *DJ*, 14-6-2002).

Compreende-se bem o mecanismo exemplificando-se: um servente concursado e confirmado em estágio probatório, querendo ocupar um cargo em comissão de advogado da União, se obteve a escolaridade necessária, deve prestar concurso público, pois não pode existir plano de carreira entre servente e advogado.

Submetendo-se a concurso para advogado e sendo aprovado, não poderá aproveitar para o novo cargo o estágio probatório realizado enquanto servente, e isto a lei proíbe por evidente incompatibilidade de níveis e de matérias. Considerando-se sua estabilidade no serviço público no cargo efetivo de servente, caso não seja confirmado no estágio como advogado, nem por isso precisará ser exonerado do serviço público, podendo e devendo ser

simplesmente *reconduzido* para o cargo anterior de servente.

Pelo mecanismo, repita-se, a nova condição de advogado apenas será deferida ao antigo servente se ele for confirmado no novo estágio probatório; enquanto isso, *não se desligou definitivamente da sua condição de servente*, tendo direito à recondução, na forma da lei, caso não confirmado como advogado.

A lei (não a L. 8.112) poderá, entretanto, fixar casos em que o estágio para um cargo poderá servir para confirmação do servidor em outro, similar e próximo, para o qual foi nomeado por novo concurso. Não há qualquer impedimento constitucional para tanto.

V

O § 3º deste art. 20, acrescido pela Lei n. 9.527/97, informa que o servidor em estágio probatório poderá exercer cargos em comissão no ente em que esteja lotado, e somente poderá ser cedido para ocupar determinados cargos atualmente existentes na organização do serviço público federal, como DAS ou equivalentes.

É muito pouco louvável a ideia de a lei referir determinada categoria ou classe de cargos que porventura no momento existam na organização federal, porque, além de fragmentária e casuística a previsão, a não merecer destaque num estatuto de servidores, nada assegura que permaneçam na estrutura, de modo que disposições de pequena envergadura e restrito escopo como estas não merecem figurar na mais importante e basilar lei disciplinadora do regime jurídico do servidor federal.

A ideia, que não envolve dificuldade alguma de interpretação, é entretanto de uma pobreza franciscana, e poderia ter sido resolvida em atos dos Poderes e das entidades envolvidas, sem qualquer embaraço e sem precisar envolver a L. 8.112.

VI

Os §§ 4º e 5º deste art. 20, igualmente introduzidos pela Lei n. 9.527/97, podem ser examinados em conjunto neste tópico, em face da correlação das matérias que abrangem.

O § 4º admite que o servidor em estágio probatório obtenha licença tão somente por algumas razões e sob determinados fundamentos, que são *doença em pessoa da família* (art. 81, I), ou por *afastamento do cônjuge ou companheiro* (idem, II), ou para o *serviço militar* (idem, III), ou por fim para *atividade política* (idem, IV), todas essas compreendidas no art. 81; como também a licença para *desempenho de mandato eletivo* prevista no art. 94; a licença para *estudo ou missão no exterior*, cf. art. 95, ou ainda aquele *afastamento para servir em organismo internacional de que o Brasil participe*, cf. art. 96, e finalmente a licença para participar de *curso de formação decorrente de aprovação em concurso para outro cargo federal*.

São apenas essas as taxativas hipóteses de licenças e de afastamentos a que tem direito o servidor ainda em estágio probatório, e enquanto esse durar, ainda que mais de três anos.

A matéria desta vez é própria para um estatuto, e elenca uma série de afastamentos que poderão ser deferidos ao servidor, sem que esta previsão implique obrigação de a Administração as conceder sempre que o servidor requeira alguma; o interesse da Administração será sempre consultado a cada pedido.

Nenhuma dificuldade de compreensão, ou mesmo de aplicação, do dispositivo remanesceria se não existisse o § 5º, que indica que ficará suspenso o estágio probatório durante as licenças e os afastamentos dos arts. 83, 84, § 1º, 86 e 96, assim como na hipótese de participação, pelo servidor estagiário, de cursos de formação — e neste ponto, antes de prosseguir, é imperioso manifestar que tais cursos somente podem ser aqueles referidos no art. 96, ou de outro modo a previsão do § 5º restaria perigosamente genérica e aberta, em contrariedade a todo o restritivo e exaustivo sistema deste artigo.

Mas a perplexidade do leitor se deve dar, ao ler o § 5º, se imaginar, por contraste, que, fora das licenças e dos afastamentos previstos nos referidos arts. 83, 84, § 1º, 86 e 96, o estágio probatório *não fique suspenso.* Que ninguém se iluda!

O estágio probatório evidente e obrigatoriamente fica suspenso por qualquer "não efetivo exercício" do cargo para que o estagiário fora concursado, seja qual for, seja pelo tempo que for e pelo motivo ou pelo fundamento que for. Como já se asseverou, inexiste qualquer possibilidade de aproveitamento de tempo de serviço, senão no efetivo exercício no cargo concursado, para fim de configuração do estágio probatório, assim como inexiste qualquer mínima possibilidade de aproveitamento de tempo em qualquer afastamento ou licença daquele mesmo cargo, para esse fim.

A redação do § 5º pode dar a falsa e falaciosa ideia de que apenas naqueles elencados casos o estágio fica suspenso, e em outras licenças e afastamentos, ali não figurantes, não, o que é juridicamente impensável ante todo o sistema constitucional e o da L. 8.112. A técnica do legislador, vista sob esta ótica, outra vez é transcendentalmente ruim, como a do observador que não olha em volta, e que não tem em vista todo o sistema em que se insere a tópica modificação da lei.

Mesmo assim, não pode significar o conjunto destes parágrafos que apenas nas hipóteses do § 5º o estágio probatório fica suspenso, ou de outro modo se teria de admitir, por exemplo, que fora do efetivo exercício, como por exemplo no caso de alguma *suspensão disciplinar,* durante o estágio probatório, pudesse a Administração contar esse tempo, ou durante ele avaliar o desempenho de um seu estagiário, para o fim de lhe permitir estabilizar-se no serviço público.

Seção V

DA ESTABILIDADE

Art. 21. O servidor habilitado em concurso público e empossado em cargo de provimento efetivo adquirirá estabilidade no serviço público ao completar 2 (dois) anos de efetivo exercício.

I

O art. 21 inclui em sua redação o mecanismo disciplinado no art. 20. De certa forma repete o art. 20, mas neste caso dá o efeito do decurso de prazo do estágio probatório em favor do servidor, ou seja, a sua estabilização no serviço público.

Ocorre que, por não haver sido vertida para a L. n. 8.112 a regra da EC n. 19, que aumentou de dois para três anos o período de prova do servidor nomeado após concurso, este art. 21 tornou-se pura e simplesmente *inconstitucional*, por, atualmente, o seu dizer abreviar uma exigência constitucional.

O dispositivo não atende à Constituição também quanto ao § 4º do seu art. 41, que submete a estabilização do servidor — com as restrições já vistas nos comentários ao art. 20 — à "avaliação especial de desempenho" ali prescrita. Nada disso consta do art. 21, que não se adaptou à Constituição, EC n. 19, e, por isso, por esse duplo motivo, atualmente constitui *letra morta no direito brasileiro,* e *absolutamente imprestável para qualquer fim de direito.*

Quando e se um dia o legislador federal acordar de sua paquidérmica e indesculpável letargia, e da sua hibernação que degrada a si mesmo e a todo o direito brasileiro, e que gravemente humilha a todos os servidores públicos, e enfim atualizar este ponto da lei, então o dispositivo, juridicamente regularizado, irá traduzir a regra clássica no direito brasileiro, já mencionada, de que a estabilização do concursado se dá não no cargo (que pode ser transformado ou extinto), mas *no serviço público,* de onde não será excluído o servidor senão por processo administrativo no qual a Administração lhe garanta ampla defesa, e, no caso dos cargos vitalícios, insuficiente o processo administrativo, tão somente sentença judicial.

É extremamente relevante a delimitação, tanto para a Administração quanto para o servidor, do momento em que este nela adquire estabilidade. Os efeitos são os mais amplos e extraordinários possíveis.

Apenas por exemplo, considere-se que a disponibilidade é somente deferida ao servidor estável; o processo administrativo demissório, amplamente contraditório, só é deferido ao servidor estável; a promoção, a recondução, a reversão, a reintegração, são institutos apenas aplicáveis aos servidores estáveis. Pode-se afirmar que o *status* de servidor público "pleno" só aquele estável detém; enquanto não se estabiliza, o servidor mantém apenas expectativa de confirmar-se no serviço público.

Tão fundamental é a configuração da estabilidade do servidor público que a própria Constituição Federal, no art. 18 do seu ADCT, extinguiu os efeitos de qualquer ato legislativo ou administrativo, que fora lavrado a partir da instalação da Assembleia Nacional Constituinte, o qual haja concedido estabilidade a servidor admitido sem concurso, a significar: tão somente a Constituição, e nenhuma lei, pode estabilizar alguém no serviço público. A L. 8.112 nada mais fez que dar executividade ao art. 41 da própria Constituição Federal, que fixou a regra geral para a estabilização ordinária do servidor público.

Qualquer outra forma de estabilização de servidor há de ser tida como excepcional, extraordinária, e nessa condição apenas a Constituição pode oferecê-la, como o fez no art. 19 do ADCT — em dispositivo que sempre envergonhará o Deputado e o Senador Constituinte de 1988, que foi verdadeira mácula injustificável, destituída do menor interesse público como se constitui, a qual premiou o mau servidor, ingresso pela porta dos fundos por proteção, apadrinhamento e motivação inconfessável, e que passou a ocupar o lugar de quem teria condição de habilitar-se em concurso.

II

Reiterando a pacífica tese de que só a Constituição estabiliza alguém no

serviço público, o Departamento de Recursos Humanos da Secretaria de Administração Federal expendeu a Orientação Normativa n. 3, segundo a qual "o servidor que não tinha estabilidade sob o regime trabalhista não a adquiriu após ser submetido ao regime jurídico instituído pela L. 8.112".

Tal significa reconhecer que não foi a L. 8.112, só por si, capaz de estabilizar ninguém no serviço público; ou a Constituição o fez, ou lei alguma o fez.

Art. 22. O servidor estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar no qual lhe seja assegurada ampla defesa.

I

Este artigo é cópia literal do § 1º do art. 41 da Constituição Federal, com a redação que tinha anteriormente à EC n. 19/98. Após o advento dessa EC tornou-se parcialmente inconstitucional *por omissão,* na medida em que omite o que consta do inc. III do § 1º do art. 41 constitucional, o qual se refere a uma terceira possível hipótese de o servidor estável perder seu cargo, ou seja, por "avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa".

Novidade da EC n. 19, não foi absorvida pela L. 8.112, tal qual as inúmeras outras inovações constitucionais que interferem sobre o estatuto federal dos servidores.

É preciso portanto considerar não só o texto deste art. 22 para disciplinar este específico assunto, quanto também, a seu lado e adicionalmente, o disposto no inc. III do § 1º do art. 41 da Carta de 1988.

Este último dispositivo citado, para poder ser exercitado, depende da promulgação da lei complementar que refere, e que está em projeto desde 1998 — e não é demais supor que tenhamos nova Constituição antes de que se

converta em lei. A eficácia do inc. III do § 1º do art. 41 da Constituição está, portanto, contida, até a edição daquela lei complementar, a se dar num futuro rigorosamente imprescrutável. Enquanto não ocorre, restam na prática apenas as duas possibilidades, consignadas neste art. 22, de o servidor estável perder seu cargo**[32]**.

II

Neste momento, em que ainda inexiste a LC referida no inc. III do § 1º do art. 41 da CF, permanecem existindo e em vigor apenas duas maneiras de cassação do cargo público ao servidor estável: *sentença judicial* de que não mais caiba recurso, uma, e *processo administrativo disciplinar*, a outra.

O processo administrativo é insuficiente para demitir servidores que gozem de vitaliciedade, ou seja, aquela garantia constitucional prevista exclusivamente para os Juízes, de qualquer nível e qualquer Tribunal, e para os membros do Ministério Público, também de qualquer nível, respectivamente nos arts. 95, I, e 128, § 5º, I, *a*. Juízes e Promotores, portanto, que são os únicos servidores públicos com garantia constitucional de vitaliciedade, não podem ser demitidos senão através de sentença judicial transitada em julgado; um simples processo administrativo disciplinar, que poderá ser contra eles movido por outras razões e para outros fins que não a demissão, é insuficiente para demiti-los de seus cargos**[33]**.

A Constituição, aliás, curiosamente acabou privilegiando os membros do Ministério Público ainda mais que aos Juízes, pois estabeleceu que estes últimos podem, enquanto ainda em estágio probatório, perder seus cargos por deliberação do Tribunal respectivo, sendo que, quanto aos membros do Ministério Público (Promotores Públicos, Procuradores de Justiça), não existe nenhuma ressalva à necessidade exclusiva de sentença judicial para demiti-los.

Os membros do MP, portanto, a teor da Constituição Federal, em matéria que evidentemente não pode ser contrariada pela L. 8.112, apenas por sentença,

mesmo em estágio probatório, podem vir a perder seus cargos. É que, com a transformação do Ministério Público em praticamente o quarto Poder do Estado, não se subordinam os seus membros nem ao Executivo nem a Tribunal algum, e com isso restou mais difícil, no plano constitucional, sem qualquer ressalva possível no plano legal, demitir um Promotor que se tenha revelado incapaz de desempenhar suas atribuições, conforme apurado num estágio probatório após o concurso realizado, do que um Juiz.

Por outro lado, chame-o como quiserem as leis orgânicas respectivas, os dois primeiros anos de exercício de Juízes e Promotores concursados são *estágio probatório*, e não algo diverso.

III

Processo administrativo disciplinar é na verdade o complexo procedimento, clássico, instituído nas leis e previsto antes na Constituição, apto a demitir servidores estáveis, bem como a permitir a aplicação a eles de penalidades graves, na forma da lei.

Na L. 8.112 o processo administrativo disciplinar mereceu todo um título, o Título V, que contém os arts. 143 a 182. Além de todo esse título, desde o art. 127 e até o art. 142, a L. 8.112 prescreve responsabilidades e penalidades ao servidor, e, desse modo, apenas pelo vastíssimo teor dessa matéria, conforme tratada na lei, já se percebe a extraordinária importância que para o serviço público, para o próprio servidor e para a vida da Administração apresenta a questão disciplinar, e os expedientes que lhe são afetos.

Apesar de exaustivamente disciplinado na lei, o processo administrativo disciplinar raramente na prática é exercitado com a frequência com que deveria, e quando o é dificilmente obtém o resultado de justiça de desejar. É, com efeito, raro que um servidor graduado, que haja praticado algum ato delitivo contra a Administração, tê-lo eficientemente apurado em processo, para o fim punitivo devido; é porém frequentíssimo observar-se demissão de motoristas, que

colidem os carros da Administração, ou outros servidores de pequena hierarquia, por faltas equivalentemente diminutas.

E o que é pior: constatam-se relativamente amiúde no serviço público sindicâncias, inquéritos e processos administrativos mandados instaurar por exclusiva persecução política dos indiciados, sem qualquer lastro de materialidade delitiva ou infracional por parte daqueles, e, portanto, sem a menor justificativa do plano técnico e moral.

Semelhante desvio de finalidade e abuso de poder precisam ser (e frequentemente são) coibidos com o máximo rigor pelo Poder Judiciário, pois só assim se evita o grave desvirtuamento daqueles procedimentos, que em grande parte pela sua ineficiência, sua demora extraordinária e sua excessiva burocracia sem qualquer proveito para os seus fins, por tudo isso, contribui à farta para o descrédito do serviço público no conceito da população, sobretudo quanto à punibilidade de servidores, de qualquer graduação, responsáveis por irregularidades e infrações, às vezes gravíssimas, conhecidas de todos, e que restam quase sempre impunes.

Observar-se-á, no momento adequado, que não foi desta vez, ainda, que a L. 8.112 extirpou da legislação anterior a deficiência técnica, notória, em questão de processo administrativo disciplinar, mantendo institutos repetitivos e abundantes, exatamente onde os procedimentos exigem concisão e objetividade máximas — sem embargo da garantia de ampla defesa.

Seção VI

DA TRANSFERÊNCIA

Rezava o art. 23 da L. 8.112:

"Art. 23. Transferência é a passagem do servidor estável de cargo efetivo para outro de igual denominação, pertencente a quadro de pessoal diverso, de órgão ou instituição do mesmo Poder.

§ 1º A transferência ocorrerá de ofício ou a pedido do servidor, atendido o interesse do serviço, mediante o preenchimento de vaga.

§ 2º Será admitida a transferência de servidor ocupante de cargo de quadro em extinção para igual situação em quadro de outro órgão ou entidade".

Todo esse artigo, entretanto, foi revogado pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997, de modo que todo o seu comentário, escrito para a 4ª edição, é retirado desta, por tornado inútil. Por força de importantes e reiteradas decisões do e. STF, como no RE n. 129.943-6-RJ**[34]** e outras que se seguiram, desapareceu a transferência do direito cuidado pela L. 8.112.

Seção VII

DA READAPTAÇÃO

Art. 24. 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.

§ 1º Se julgado incapaz para o serviço público, o readaptando será aposentado.

§ 2º A readaptação será efetivada em cargo de atribuições afins, respeitada a habilitação exigida, nível de escolaridade e equivalência de vencimentos e, na hipótese de inexistência de cargo vago, o servidor exercerá suas atribuições como excedente, até a ocorrência de vaga. (§ 2º com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

I

Readaptação é o instituto pelo qual a Administração federal investe servidor

em novo cargo, diferente daquele onde se originou e com atribuições e responsabilidades compatíveis com a *diminuição física ou mental* que o servidor tenha sofrido com relação às capacidades exigidas para o cargo de origem, a qual seja verificada e atestada por inspeção médica oficial da União.

Observa-se em primeiro lugar que a limitação física ou mental do servidor, para efeito de readaptação, não precisa ter decorrido de acidente de trabalho, ou de infortúnio ocorrido no desempenho das funções do cargo, ou de funções correlatas ao cargo. O fato é que, tão logo seja notificada a Administração de que algum seu servidor tenha, por qualquer razão que não cabe indagar, sofrido sensível redução em sua capacidade física ou mental, deve providenciar exame médico para verificá-la tecnicamente.

Em caso de a junta médica atestar que houve de fato redução da capacidade, quer física, quer mental, do servidor, deverá a Administração investi-lo em outro cargo, cujas atribuições e cujas responsabilidades devem ser as mais similares possíveis às originárias do primeiro cargo, porém compatíveis com a diminuição da capacidade de trabalho do readaptando.

No caso de readaptação completada integralmente vaga-se o cargo antigo do servidor e se provê um novo cargo; a L. 8.112, entretanto, que até a edição anterior desta obra nada dizia sobre o problema da necessidade de *vaga* no novo cargo, em 1997, com a promulgação da Lei n. 9.527, abordou esta questão e passou a prever, no § 2º, que, se inexistir cargo vago para o readaptando, ou já readaptado, esse servidor "exercerá suas atribuições como excedente, até a ocorrência de vaga".

Assim, ainda que se tenha alterado este art. 24, mantém-se o entendimento de que *não é exigível vaga* aberta para o readaptando, o que do ponto de vista moral é justificável, tendo-se em vista a penosa situação em que sempre se acham, ao menos ante as atribuições de seu cargo de origem, o readaptando, em geral acidentado. Adiante, os comentários a esta parte do § 2º.

Observa-se também na leitura do *caput* que não menciona a lei a necessidade

de o servidor ser *estável* para merecer readaptação. Esta matéria não depende senão do que a própria lei neste momento fixe, de maneira que se deve interpretar a disposição como permitindo que também o servidor em estágio probatório valha-se do instituto da readaptação, o mesmo não tendo sentido concluir quanto àquele ocupante de cargo em comissão, cuja manutenção ou cuja exoneração e nova admissão, em cargo de confiança diverso, depende exclusivamente de critério pessoal da autoridade nomeadora.

II

Prevê o § 1º que, após o exame médico, se julgado incapaz para continuar ocupando o seu cargo público, o servidor será aposentado. A aposentadoria será evidentemente aquela por invalidez, prevista na Constituição Federal e no art. 186, I, da L. 8.112, a ser concedida nas condições ali previstas.

A legislação previdenciária nacional, baseada principalmente na Lei n. 8.212, e na Lei n. 8.213, ambas de 24-7-1991, prevê como um serviço previdenciário ao dispor do segurado a *readaptação profissional*. Tal previsão, constante do art. 18, inc. II, al. *c*, da última lei citada, aplica-se apenas aos servidores estatutários ocupantes de cargos federais (como de resto também estaduais, distritais e municipais) *em comissão*, já que apenas os servidores em comissão estão filiados ao INSS por força da Constituição, art. 40, § 13 — e de propósito nem sequer se mencionam os correspondentes artigos da legislação previdenciária federal, por desnecessário enquanto permanecer a Carta com a redação atual naquele referido parágrafo.

Não se aplica a legislação previdenciária nacional, em princípio, ao servidor efetivo da União, sujeito ao regime da L. 8.112 e a um regime previdenciário próprio; registre-se apenas que, por alguma razão falhando para ele a sua previdência própria, então pelo princípio constitucional da *universalidade da cobertura e do atendimento* (Constituição, art. 194, parágrafo único, inc. I), faz-se *ipso facto* aplicável a cobertura do INSS, mas tão somente nessa excepcional

ocorrência[35].

É por isso, e por todos os títulos, elogiável neste aspecto a legislação nacional, previdenciária e assistencial, pelo que a União deveria nesse passo imitá-la em todo o possível, através de destinar o readaptando a entidades suas, especificamente instituídas para aquela finalidade extraordinariamente meritória.

Se a readaptação tiver de suspender o exercício, esta suspensão deverá ser anotada no assentamento individual do servidor, na forma do art. 16, sendo certo que não se aplica ao readaptando, por expressa exclusão, a previsão do art. 18, todos da L. 8.112.

III

Quanto, por fim, à parte final do § 2º, acrescida pela Lei n. 9.527/97, informa que, em caso de readaptação, havendo ou não vaga para o readaptando, a Administração há que observar o nível de escolaridade que era exigido no cargo do qual saiu, assim como equivalência de vencimentos entre aquele e o em que for readaptado.

Medida necessária para a justa colocação do readaptando, uma vez que não seria admissível a sua recolocação no serviço público sem antes observar o nível de escolaridade do cargo originário, ou se estaria ocasionalmente rebaixando, ou ainda elevando sem motivo a categoria das funções exigidas para o novo posto. E, com o anterior nível de escolaridade preservado, por consequência jurídica e organizacional de isonomia manda a lei que também o nível remuneratório deverá sê-lo.

Essa é uma preocupação mínima que precisa ter a Administração em caso de readaptações para que sejam as menos antitécnicas possíveis, com vista a prestigiar tanto a habilitação adquirida pelo servidor quanto a organização do serviço público, já que este não pode sujeitar-se a grandes inversões de valores sem ressentir-se seriamente, como seria suscetível de ocorrer caso pudesse o readaptando deslocar-se indistintamente para qualquer cargo.

E outra relevante alteração da L. 8.112 se deu neste § 2º, quando passou a estabelecer que, enquanto inexistir vaga em cargo adequado, o readaptando exercerá suas funções como excedente.

Ainda que a figura dos *excedentes* não exista propriamente como categoria de servidores na teoria do direito administrativo pertinente ao pessoal do serviço público — lembrando antes o episódio dos estudantes brasileiros da década de 70, que não conseguiam vagas em universidades —, e ainda que recorde de perto a figura do *extranumerário*, cuja quase reinstituição é tão pouco elogiada no comentário ao artigo seguinte, ainda assim no contexto deste art. 24 algo precisa ser diferenciado com relação aos excedentes do art. 25.

Com efeito, em face da natureza essencialmente humanitária e social da readaptação, que visa tão só aproveitar um servidor que fora concursado e que com aquilo demonstrara sua aptidão para o desempenho de um cargo de provimento efetivo, aquele, infelizmente reduzido em sua capacidade de trabalho, nem por isso pode ser tratado como se não detivesse o qualificativo do concurso, e ocasionalmente também do estágio probatório cumprido.

Não constitui violação à regra do concurso, uma vez que o readaptando em princípio sempre foi um concursado, salvo se se encontrar na condição de ex-celetista efetivado pelo art. 243, porém mesmo neste caso, por mais excrescente que haja sido aquela transformação, conforme se comenta a seu tempo, ainda assim se justifica já que a lei, bem ou mal, o colocou em pé de igualdade com o concursado efetivo.

O que se pode concluir da L. 8.112 neste passo é que a função a ser exercida como excedente há de ser qualquer uma que respeite tanto a escolaridade quanto o nível de vencimento do servidor readaptando, e que não precisará ser necessariamente no mesmo cargo em que afinal será readaptado, o que eventual necessidade do serviço poderá indicar necessário.

Não se trata portanto apenas de surgir vaga em cargo afim dentro do mesmo quadro de pessoal da entidade, mas de existirem funções que possam, naquelas

condições de escolaridade e de vencimento, ser desempenhadas, o que constitui problema adicional para a Administração. Mais séria que isso, entretanto, é a presença do excedente na hipótese do art. 25, como se verá.

Seção VIII

DA REVERSÃO

Art. 25. Reversão é o retorno à atividade de servidor aposentado (Artigo com redação dada pela Medida Provisória n. 2.225-45, de 4-9-2001):

I - por invalidez, quando junta médica oficial declarar insubsistentes os motivos da aposentadoria; ou

II - no interesse da administração, desde que:

a) tenha solicitado a reversão;

b) a aposentadoria tenha sido voluntária;

c) estável quando na atividade;

d) a aposentadoria tenha ocorrido nos 5 (cinco) anos anteriores à solicitação;

e) haja cargo vago.

§ 1º A reversão far-se-á no mesmo cargo ou no cargo resultante de sua transformação.

§ 2º O tempo em que o servidor estiver em exercício será considerado para concessão da aposentadoria.

§ 3º No caso do inciso I, encontrando-se provido o cargo, o servidor exercerá suas atribuições como excedente, até a ocorrência de vaga.

§ 4º O servidor que retornar à atividade por interesse da administração perceberá, em substituição aos proventos da aposentadoria, a remuneração do cargo que voltar a exercer, inclusive com as vantagens de natureza pessoal que percebia anteriormente à

aposentadoria.

§ 5º O servidor de que trata o inciso II somente terá os proventos calculados com base nas regras atuais se permanecer pelo menos 5 (cinco) anos no cargo.

§ 6º O Poder Executivo regulamentará o disposto neste artigo.

I

Este artigo sofreu profundíssima alteração, por ampliação, pela Medida Provisória n. 2.225-45, de 4-9-2001, uma daquelas tornadas permanentes enquanto não forem revogadas por outras, ou então definitivamente votadas pelo Congresso, tudo por força da EC n. 32, de 11-9-2001, art. 2º.

Englobou todo o art. 26, que no passo seguinte a MP n. 2.225/2001 revogou. Assim, a única hipótese de reversão constante da L. 8.112 anteriormente à edição da referida MP, que era a de retorno à ativa do servidor aposentado por invalidez — agora constante do inc. I deste art. 25 —, deu lugar a uma segunda possibilidade, ou seja, "no interesse da administração", que consta, com seus múltiplos requisitos, do inc. II também deste art. 25.

O atual § 1º é, deslocado para cá, o *caput* do agora revogado art. 26, e o atual § 3º é o antigo parágrafo único daquele artigo. Os demais §§ 2º, 4º, 5º e 6º deste art. 25 contêm matéria nova.

II

Quanto à hipótese do inc. I, dentro da L. 8.112 nada mudou quanto ao direito anterior à MP n. 2.225/2001.

Existem várias formas de o servidor passar à inatividade por invalidez. Uma delas é aquela aposentadoria para o servidor incapaz de manter-se no serviço público, até mesmo por readaptação. Outra é adquirir moléstia, seja profissional, seja não profissional, ou doença grave, incurável ou não, e contagiosa ou não, na forma do art. 186, I e § 1º, da L. 8.112, observada a ligeira modificação que a

Constituição, com seu atual art. 40, impõe a esse artigo da L. 8.112, e que será a seu turno comentada.

Seja qual for o motivo ensejador da aposentadoria por invalidez, em princípio essa aposentadoria não é definitiva, ainda que se saiba existirem doenças, ou efeitos de acidentes, irreversíveis e definitivos. O que se quer afirmar é que, do plano formal da lei, as aposentadorias por invalidez estão sujeitas a exames posteriores, periódicos, por juntas médicas oficiais, os quais irão atestando a permanência das causas da aposentação, ou, inversamente, que elas não mais subsistem. Se não subsistirem, não mais existirá razão para se manter a aposentadoria do servidor, e nesse caso ocorrerá sua *reversão* à atividade.

O TRF-1ª Região deliberou que a reversão é mesmo *um direito* do servidor, nos seguintes termos: "O servidor aposentado por invalidez, que venha a se recuperar antes dos 70 anos de idade, *tem direito a reversão* para o mesmo cargo que ocupava ou para novo cargo resultante de transformação do anterior. Aplicação dos arts. 25, 26 e 27 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990" (AC n. 1037929-DF, 2ª Turma, *DJ*, 14-12-1992; grifamos).

A Administração precisa periodicamente promover exames médicos para todos os seus aposentados por invalidez, a não ser nos casos em que os atestados indiquem a absoluta definitividade das causas da aposentadoria, quando não terá mais qualquer sentido manterem-se as verificações periódicas. Sempre que algum atestado indicar a cessação das causas da aposentadoria por invalidez, precisa a Administração promover a reversão do servidor respectivo ao serviço ativo, sob pena de responsabilização de quem, incumbido dessa atribuição, não a desempenhe.

A reversão, sendo uma forma de *provimento* de cargo, mereceu quanto a isso particular atenção do legislador, no § 3º deste art. 25 em sua nova redação após a MP n. 2.225/2001.

III

A propósito do inc. II, que instituiu a segunda possibilidade de reversão, padece de ligeira imprecisão redacional absolutamente desnecessária, qual seja, a de não deixar estreme de dúvida se é o servidor que solicita a reversão, ou se é a Administração, por último mencionada antes da al. *a*. Pela natureza do instituto, entretanto, e ainda pelo fato de que em geral a Administração nada solicita, porém *determina*, ao legislador deve ter parecido claro que na redação da lei é o servidor aposentado quem solicita reverter ao serviço ativo, e assim enxergamos o mandamento.

Abriu-se mais uma ensancha à reversão do aposentado, em atenção à tendência das políticas governamentais de evitar maior número de aposentações que as ocorridas na última década do século, verdadeira debandada do serviço público que tantas e tão sérias lacunas lhe tem provocado, e de tão difícil e demorada reparação.

Partindo desse pressuposto da alínea *a*, outros quatro são os requisitos cujo atendimento é imprescindível para que possa a Adminstração conceder a reversão, e estão previstas nas alíneas seguintes, até *e*. Observe-se que se trata de uma lista *cumulativa* de exigências, e não alternativa de possibilidades, e desse modo apenas se integralmente atendida, das als. *a* até *e*, poderá ensejar a reversão. Mesmo assim, a reversão nessa hipótese do inc. I se dará tão só se a Administração nela tiver interesse, consultada a sua conveniência, e não se dará, mesmo que preenchidas todas as condições, se desinteressante ou inconveniente à Administração, por razões que, só a teor da lei, ela não precisa nem sequer justificar, bastando-lhe indicar.

Afora aquele da al. *a* do inc. I, o segundo pressuposto para a reversão no interesse da Administração (al. *b*) é o de que a aposentadoria tenha sido voluntária, ou seja requerida pelo servidor por alguma das atualmente diversas possibilidades constitucionais, e não compulsoriamente imposta pela Administração, ou por implemento da idade máxima.

O terceiro pressuposto (al. *c*) é o de que tenha sido estável o servidor enquanto ainda na atividade, o que apenas confirma nosso entendimento, assaz de vezes manifestado e contra o qual existem até mesmo decisões judiciais — francamente incompreensíveis, e desprovidas de maior reflexão sobre o tema, se é que tiveram alguma — de que o servidor jamais precisou ser estável para aposentar-se como servidor público. Eis aí a lei reconhecendo esse fato, portanto, já que admite que o aposentado *poderia não ser estável ao aposentar-se*.

O quarto pressuposto (al. *d*) se refere ao tempo em que foi concedida a aposentadoria, e que para ensejar a reversão com base neste inc. I precisará não ser superior a cinco anos, o que se compreende por se poder imaginar quão defasado estará o servidor do desempenho de suas funções, que podem ter sofrido ampla modificação, após mais de um quinquênio de delas estar afastado.

O quinto pressuposto (al. *e*) diz respeito a existir cargo vago, e por tal dicção deve-se entender, observado o disposto no § 1º que adiante se comenta, pensamos, *o mesmo cargo* em que se aposentou o servidor, ou de outro modo se estaria cuidando de algo como readaptação, o que constitui instituto absolutamente diverso daquele da reversão.

Com efeito, não faz muito sentido, na sistemática estatutária, a reversão em cargo diverso do em que se deu a aposentadoria, ou como prevê o § 1º, no resultante da sua transformação, o que redunda em quase o mesmo, já que as transformações de cargos públicos em geral são apenas *formais* de denominação, pelas mais discutíveis razões de conveniência, e não *materiais* de atribuições.

IV

O § 1º deste art. 25 é, como se disse, o antigo *caput* do art. 26.

Prescreve que a reversão se dará no mesmo cargo anteriormente ocupado pelo servidor aposentado por invalidez, ou em caso de esse cargo ter sido transformado naquele resultante da sua transformação. Não prevê a lei a hipótese

de *extinção* do cargo, para efeito de reversão. Deve-se entender, portanto, até para manter-se a coerência interna deste art. 25, que não poderá haver reversão se o cargo foi extinto em vez de mantido, ou de simplesmente transformado; ninguém pode, parece claro, reverter a um cargo que não mais exista.

O § 2º é desses que nos faz repensar a lógica da profissão, para não dizer da própria existência humana: com todo efeito, alguém imaginaria algum tempo de serviço público que não pudesse ser contado para a aposentadoria?

É de indagar, aliás, sobre a que vem esta previsão, se neste ponto a L. 8.112 cuida da hipótese de um servidor que estava aposentado, e retornou à ativa; fazendo-o, repete-se então a pergunta: alguém suporia que esse novo tempo pudesse ser subtraído à contagem para fim de nova aposentadoria, quando fosse o momento? O dispositivo é tão patético que, quanto menos for aludido, melhor será para o contexto da L. 8.112.

O § 3º, antigo parágrafo único do art. 26, é relativo à inexistência de vaga no mesmo cargo no qual se aposentou o servidor, admitindo expressamente que, caso se encontre provido o cargo para onde deva reverter um aposentado, ficará ele exercendo suas atribuições como excedente, até a ocorrência de vaga.

Trata-se, inobstante a preocupação demonstrada pela lei, de um perigoso precedente, que, em nada lembrando o *readaptando*, compreensível e justificadamente tratado como excedente, nada significa senão a volta do *extranumerário* aos quadros do serviço público da União; com efeito, e ainda que justificável em caso de readaptação, excedente e extranumerário são rigorosamente uma só coisa. A categoria dos extranumerários, resultado da incúria e do desleixo da Administração no passado, extinta já pela Constituição de 1967, aqui está revivida, da pior forma neste art. 25.

É felizmente rara a hipótese, o que faz crer que não surgirão exércitos de extranumerários, aqui chamados excedentes, nos quadros dos serviços públicos; compreende-se, por outro lado, a dificuldade que teve decerto de enfrentar o legislador neste caso, movido como é, necessariamente, pela obrigação de

reverter servidor aposentado por invalidez cuja aptidão para o serviço retornou. De qualquer modo, como indesejável exceção que é neste caso do art. 25 — como não o é no caso do art. 24 —, a figura do excedente nos quadros da Administração só poderá existir se e como expressamente previsto em lei, como neste caso.

V

O § 4º dá um provimento que só de per si parecia forçado, mas que não custa explicitar. O revertido por interesse da Administração receberá o vencimento do cargo e não o provento de aposentadoria que recebia enquanto aposentado. Não se esperava diferente, pois pagar exclusivamente provento de aposentadoria a ativo seria algo no mínimo insólito, e dá o que pensar antes do advento da MP n. 2.225/2001, como fazia a Administração? Pagava provento ao ativo revertido? Isso lembra as quarenta perguntas bíblicas formuladas por Pitigrilli, tal qual aquela sobre como andava a serpente antes de, pela sua participação no conhecido episódio do pecado original, ter sido condenada a rastejar eternamente.

E não mais original no dispositivo é sua parte final, que manda pagar, adicionalmente ao vencimento do cargo, também as vantagens com as quais se aposentou o servidor revertido, e dificilmente se imaginaria algo diverso, como por exemplo na reversão retirar os adicionais por tempo de serviço, sólida e definitivamente incorporados ao provento, com os quais o servidor passara à inatividade. Todo o parágrafo, ainda que não seja aberrante, recorda a ideia da *pedra na sopa*, cuja presença não faz a menor diferença aos degustadores da iguaria.

Menos afortunado foi o § 5º, que deve ter pretendido perpetuar na L. 8.112 as regras previdenciárias constitucionais, sobretudo aquelas trazidas pela EC n. 20, de 15-12-1998, mas que se revela de ingenuidade absoluta na medida em que os estatutos de servidores, enquanto nossa Constituição ditar de alfa a ômega

todas as regras de aposentação de servidores efetivos, prescreve regras muito mais complexas que esta para que o servidor se aposente integralmente, e, dentro dessa possibilidade, ainda com determinadas vantagens em adição.

O dispositivo é para ser *solenemente ignorado*, pois em matéria de estabelecimento dos proventos de servidor efetivo *nenhum poder, nenhuma competência, nenhuma utilidade e nenhum efetivo papel têm as leis*, por mais altas que sejam como esta L. 8.112. Perdeu aqui o legislador outra excelente oportunidade de não se manifestar, e de guardar o mais sábio silêncio.

Para rematar os dispositivos de má qualidade do artigo, o § 6º casuística e fragmentariamente determina que o Executivo o regulamentará. Precisaria tê-lo feito? Jamais, como não o precisaria em momento algum da lei, sabendo-se que o Executivo detém o ilimitado e irrestrito *poder regulamentar*, dentro apenas dos limites da lei, que lhe permite regulamentar o que bem entender da legislação positiva**[36]**.

Art. 26. (Revogado pela Medida Provisória n. 2.225-45, de 4-9-2001.)

Art. 27. Não poderá reverter o aposentado que já tiver completado 70 (setenta) anos de idade.

Setenta anos é a idade-limite para o servidor trabalhar a serviço da Administração pública. No dia em que completa setenta anos, o servidor público está proibido de continuar trabalhando na repartição.

Esta é uma regra ampla, de meridiana clareza, que não comporta a menor dificuldade de compreensão, nem a menor exceção ante o dizer taxativo e inequívoco da Constituição Federal, art. 40, II. É uma aposentadoria *compulsória*, também chamada expulsória, uma vez que no dia em que completa setenta anos o servidor deve ser literalmente *expulso* dos quadros da Administração.

Se assim é, e já de longos anos no serviço público, torna-se absolutamente

imprescindível que a Administração proíba, ou impeça sem qualquer vacilação, que o aposentado com mais de setenta anos reverta ao serviço ativo, pois esta é a idade em que *qualquer* aposentadoria ou afastamento se torna definitivo.

Seção IX

DA REINTEGRAÇÃO

Art. 28. A reintegração é a reinvestidura do servidor estável no cargo anteriormente ocupado, ou no cargo resultante de sua transformação, quando invalidada a sua demissão por decisão administrativa ou judicial, com ressarcimento de todas as vantagens.

§ 1º Na hipótese de o cargo ter sido extinto, o servidor ficará em disponibilidade, observado o disposto nos arts. 30 e 31.

§ 2º Encontrando-se provido o cargo, o seu eventual ocupante será reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização ou aproveitado em outro cargo, ou, ainda, posto em disponibilidade.

I

O art. 28 cuida do instituto da reintegração, e o define como a nova investidura do servidor estável no mesmo cargo que já ocupava antes, ou naquele que resultou da sua transformação, sempre que for tornada sem efeito, cancelada, desfeita ou invalidada a sua demissão — que foi penalidade —, quer por decisão administrativa, quer por decisão judicial. Existe na hipótese o ressarcimento, a título de indenização, de todas as vantagens deixadas de perceber pelo servidor enquanto demitido.

Está a significar o texto que pela reintegração retorna através de nova investidura, ao seu cargo originário, o servidor que fora demitido. O retorno pode se dar por decisão administrativa ou judicial; será administrativa no caso, por exemplo, da revisão do processo administrativo que o demitiu, procedida a

pedido ou mesmo *ex officio*, no seio da própria Administração.

Poderá entretanto ser *judicial* a decisão, no caso em que o servidor, inconformado com sua demissão, tenha ou não pedido revisão do processo, obtém judicialmente a condenação à União de reintegrá-lo aos seus quadros. Nesta ação judicial, que pode ser um mandado de segurança ou uma ação ordinária anulatória de ato administrativo, o servidor demitido, para obter êxito, precisará ter demonstrado alguma irregularidade formal no processo demissório, ou a manifesta injustiça na penalidade aplicada. De qualquer modo, sempre que obtenha a anulação do ato de sua demissão o servidor terá direito a ser reintegrado ao cargo anteriormente ocupado.

Considerando-se que a reintegração pressupõe injustiça e descabimento, por algum motivo, da demissão, natural foi que a lei previsse a indenização, ali denominada ressarcimento, de todos os valores deixados de receber enquanto durou a demissão, naturalmente corrigidos, até a ocasião do efetivo pagamento, de modo a reparar a corrosão inflacionária.

Nesse sentido assim decidiu o TRF-4ª Região: "Com a reintegração do servidor ao seu cargo, se restabelece todos os direitos que não foram concedidos em razão da demissão ilegal, como se o servidor nunca tivesse se afastado do cargo, devendo se considerar para o cômputo do tempo de serviço, o período compreendido entre 1.2.1973 a 3.6.1982" (AI n. 1999.04.01.033394-7-RS, 3ª Turma, *DJ*, 1º-9-1999).

Caso o cargo anteriormente ocupado pelo reintegrando haja sido transformado, natural também que a lei previsse que é nesse cargo transformado que se dará a reintegração, bem como forçosamente o § 1º precisou prever a hipótese da extinção do cargo. Neste caso, não havendo onde reintegrar o servidor, ficará ele em disponibilidade remunerada, que é a situação dos servidores estáveis cujos cargos são extintos.

Manda a lei que se observem os arts. 30 e 31 da L. 8.112 no caso da disponibilidade, já que tais artigos têm que ver diretamente com esta hipótese,

disciplinando disponibilidade e aproveitamento. O art. 31 teve um parágrafo único acrescido pela Lei n. 9.527/97, o qual tecnicamente representa, como se irá observar, não menos que uma tragédia.

II

Caso o cargo originário do servidor demitido, e agora para ser reintegrado, encontre-se provido, ou seja, ocupado, precisará a Administração valer-se do instituto da recondução, previsto no art. 29 da L. 8.112, para retornar o servidor ocupante ao seu antigo cargo. Trata-se de uma obrigação imposta pela lei à Administração, nada mais cabendo ao ocupante senão aceitar a recondução, sem poder contra ela invocar qualquer direito subjetivo a permanecer no cargo, uma vez que aquele provimento fora devido a uma demissão de que ainda cabia recurso para o demitido, a qual deveria ser considerada, até o esgotamento do último recurso administrativo, não definitiva, sujeita a desfazimento.

Na hipótese de estar extinto o cargo de origem do atual ocupante do cargo onde deve ser reintegrado algum servidor, esse ocupante — não resta alternativa à Administração — ficará em disponibilidade, segundo as regras vigentes para esse instituto, previsto no art. 41, § 3º, da Constituição Federal, e na L. 8.112, arts. 30 a 32.

Seção X

DA RECONDUÇÃO

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.

I

Em complemento ao art. 28 este art. 29 define e rapidamente disciplina o instituto da recondução, como sendo o retorno do servidor estável ao cargo que anteriormente ocupava, e o qual ocupava em razão da demissão do seu originário ocupante, que foi depois reintegrado. A recondução pode decorrer de dois motivos inteiramente distintos: o primeiro é a inabilitação do servidor em estágio probatório relativo a outro cargo, e o segundo é a reintegração do anterior ocupante.

No primeiro caso, sabe-se que a cada novo cargo, distinto do anterior em atribuições e natureza, o ocupante precisará habilitar-se em novo estágio probatório. Se, por exemplo, um escriturário concursado, habilitado em estágio probatório e portanto estabilizado, presta concurso para médico e é aprovado, como médico precisará submeter-se a novo estágio probatório. Se for inabilitado nesse segundo estágio, não será confirmado como médico, mas será reconduzido ao anterior cargo de escriturário.

É natural que o Estado defira tal garantia ao seu servidor estável, uma vez que sua relação com aquele servidor estável é profundamente enraizada e firme, contendo uma solidez que não pode periclitar apenas porque o mesmo servidor não foi confirmado no estágio probatório para outro cargo, de superior complexidade. Assim, enquanto estagiava como médico, natural parece ser que não tivesse de pedir exoneração de seu cargo de escriturário, onde chegou a ser estável; tão logo fosse confirmado como médico, aí sim, estabilizando-se no serviço público em situação diferente, agora como médico, romper-se-ia em definitivo seu vínculo como escriturário.

Quer-se com isso dizer que não teria sentido retirar a estabilidade do servidor enquanto escriturário antes de ser confirmada sua estabilidade como médico; não teria senso lógico a atitude, conforme já se declinou anteriormente, em exemplo semelhante.

E sobre o tema assim já decidiu o STF: “Constitucional. Administrativo. Servidor público estável. Estágio probatório. Lei n. 8.112, de 1990, art. 20, § 2º. “I. Polícia Rodoviária Federal, aprovado em concurso público, estável, que presta novo concurso e, aprovado, é nomeado Escrivão de 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 n. 8.112/90. É que, enquanto não confirmado no estágio do novo cargo, não estará extinta a situação anterior. II. Precedentes do STF, MS n. 22.933-DF, Ministro O. Gallotti, Plenário, 26.6.1998, *DJ* de 13.11.1998. III. Mandado de Segurança deferido” (MS n. 23.577-DF, Pleno, *DJ*, 14-6-2002).

Outro interessante acórdão do STF diz respeito à *desistência* do novo estágio probatório pelo servidor, deste modo: “1. O servidor público estável que desiste do estágio probatório a que foi submetido em razão de ingresso em novo cargo público tem direito a ser reconduzido ao cargo anteriormente ocupado. 2. Inteligência do § 2º do art. 20 da Lei n. 8.112/90. Precedentes do STF” (MS n. 8.339/DF, 3ª Seção, *DJ*, 16-12-2002).

II

No segundo caso, se se encontrou provido o cargo de origem do servidor reconduzindo, este será aproveitado em outro cargo, observando-se o que dispõe o art. 30 para este aproveitamento.

Estabelece o parágrafo único do art. 29 que, quando se for operar a recondução, precisará estar vago o cargo de origem do reconduzindo, pois, se estiver provido, o servidor ocupante deverá ser aproveitado em outro cargo, na forma do art. 30.

Não se fala em colocação em disponibilidade neste caso, pois aqui supostamente existe algum outro cargo de atribuições e vencimentos compatíveis com os do anteriormente ocupado pelo reconduzindo, onde possa ser aproveitado. Apenas o reconduzindo ficará em disponibilidade no caso de o

cargo para o qual deveria retornar ter sido extinto, e não haver outro cargo onde possa ser aproveitado com observância das condições previstas no art. 30.

Observe-se por fim que a recondução, tanto quanto a reintegração, quanto ainda o aproveitamento, constituem formas de provimento de cargos públicos, sendo que nenhuma destas três formas implica a vacância de cargo algum, tudo conforme se verifica dos arts. 8º e 33.

Seção XI

DA DISPONIBILIDADE E DO APROVEITAMENTO

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

I

Disponibilidade é a situação de inatividade na qual é colocado o servidor cujo cargo é extinto por lei, ou declarado por qualquer dos Poderes do Estado desnecessário ao seu serviço (CF, art. 41, § 3º), ou ainda, como mais modernamente foi estabelecido, por força de outras duas situações constitucionalmente previstas: *extinção do cargo por necessário corte de despesa* (CF, art. 169, § 4º) e por *impossibilidade de recondução ou aproveitamento* (CF, art. 41, § 2º). Quatro são portanto as hipóteses de colocação de servidor, necessariamente estável, em disponibilidade.

Celeumas sem conta ocorreram, e ainda estão longe de estar resolvidas, sobre os direitos do servidor colocado em disponibilidade, e sobre a própria extensão desse instituto, conforme previsto pela Constituição Federal, art. 41, § 3º, sobretudo quanto ao cálculo dos proventos, e à sua composição.

Não foi a L. 8.112 capaz de resolver tais impasses nem sequer genericamente31**[37]**, tendo o legislador federal, parece nitidamente, retrocedido

ante o problema, negando-se a enfrentá-lo como precisaria ter feito. Fê-lo entretanto através de atos administrativos menores, que evidentemente não podem dar o disciplinamento definitivo da questão, mas, para o que aqui interessa de imediato, aproveitamento é o retorno à ativa daquele servidor anteriormente posto em disponibilidade, e se o procede necessariamente em cargo de atribuições e vencimentos compatíveis com o anteriormente ocupado pelo servidor aproveitando.

Nesse sentido de que o aproveitamento há de ser em cargo compatível com o de origem decidiu o STJ: "Recurso especial. Administrativo. Servidores públicos aposentados. Disponibilidade remunerada. Fiscais do IAA. 'Aproveitamento' como auditores fiscais do Tesouro Nacional. Impossibilidade. Disparidade vencimental. Inteligência do art. 30 da Lei n. 8.112/90. Nos termos do mencionado dispositivo, o aproveitamento está sujeito a atribuições e vencimentos compatíveis com o cargo anteriormente ocupado, pressupostos não atendidos no caso em comento. Precedente. Recurso provido" (REsp n. 279.920/PE, 5ª Turma, *DJ*, 2-4-2001).

Tal significa que, conforme determina o art. 31, abrindo-se vaga em cargo cujas atribuições, e portanto cujos vencimentos sejam compatíveis com os daquele anteriormente ocupado por servidor posto em disponibilidade, precisará a Administração aproveitá-lo nesta vaga. A palavra "obrigatório", constante do art. 30, indica o dever da Administração relativo ao aproveitamento.

Observa-se que a lei pretendeu proibir a existência ou a manutenção de vagas relativas aos mesmos cargos onde existem servidores em disponibilidade, coibindo com isso o contrassenso que a coexistência das situações implica, ou seja: se o cargo é declarado desnecessário, não pode existir vaga aberta para o mesmo cargo; ou, se ele é extinto, não pode existir outro idêntico vago, pois, em qualquer caso, se houver servidor, que o ocupava, posto em disponibilidade, nele deve ser aproveitado.

Disponibilidade é uma forma expressamente reconhecida pela lei como de

inatividade (Lei n. 8.027, de 12-4-1990, art. 9º); nem seria necessária, em verdade, a lei, pois não poderia dizer diferentemente.

II

Uma das grandes celeumas que, após a edição da CF/88, respeitavam ao instituto da disponibilidade era a de saber se também o servidor celetista, estabilizado no serviço público, a ela teria direito. A Secretaria da Administração Federal, através de seu Ofício Circular n. 985, de 17-7-1990, mencionado, expressamente reconhece que sim, e o reconhece mesmo com vista ao que dispôs a Orientação Normativa n. 5, da mesma Secretaria, tudo conforme a tese que esposáramos em nossa obra**[38]**.

O fato é que a hipótese pode ocorrer para a União por força da própria L. 8.112, uma vez que mantido um quadro celetista em extinção pela mesma lei, já mencionado, previsto no art. 243, § 6º (estrangeiros celetistas estabilizados). Caso portanto algum desses celetistas tenha seu emprego extinto por lei específica, ou declarado desnecessário pelo Presidente da República, seu ocupante ingressará na disponibilidade remunerada, tal qual fora estatutário (ou, agora, "servidor", cf. L. 8.112, art. 2º).

Não se admite o aproveitamento do servidor em disponibilidade que venha a completar setenta anos, porque a partir dessa idade nenhum brasileiro pode ser servidor público. Além disso, evidentemente, se algum servidor já contasse tempo para se aposentar quando foi colocado em disponibilidade pode, nesta última situação, a qualquer tempo, requerê-la. Tais normações, corretíssimas e que não poderiam ser diversas, estão expressas nas Orientações Normativas n. 74 e 75 do Departamento de Recursos Humanos da Secretaria de Administração Federal.

Menos correta se afigura a Orientação Normativa n. 109, que parece traduzir verdadeira ânsia da Administração, a de se ver livre dos "disponíveis". Tempo de disponibilidade, entretanto, não é tempo de serviço, de modo que a Orientação

Normativa não parece constitucional, uma vez que baralha realidades inteiramente diversas.

III

Quanto às duas novas possibilidades de o servidor ser colocado em disponibilidade, já referidas nos comentários iniciais a este art. 30, reitere-se, estão previstas, a primeira no art. 41, § 2º, e a segunda no art. 169, § 4º, ambos da Constituição Federal.

Esta matéria em verdade nada tem com a L. 8.112, que não a incorporou, porém é certo que a Administração precisará trabalhar com tais hipóteses.

A primeira hipótese (CF, art. 41, § 2º) se dará quando ocorrer a algum — infelicíssimo — servidor precisar ser reconduzido ao seu anterior cargo porque o ex-ocupante de seu cargo atual foi reintegrado, e no cargo anterior inexistir vaga. Se nessa hipótese também falhar o aproveitamento desse servidor em outro cargo, então a Constituição o remete à disponibilidade, com provento proporcional ao tempo de serviço.

A segunda hipótese é a de por excesso de despesa (CF, art. 169, § 4º), conforme disciplinado na Lei de Responsabilidade Fiscal**[39]** — que é a lei complementar referida no art. 169, § 4º, da Constituição —, o cargo do servidor estável precisar ser extinto por excesso de despesa com pessoal pelo seu ente respectivo.

São hipóteses que na prática se têm revelado antes únicas que raras, e que apenas muito excepcionalmente ocorrerão, ou ocorreram. Nada referente a tais possibilidades a L. 8.112 consigna, porque o legislador não se dignou constitucionalizá-la, mas aqui devem ficar registradas em face da matéria, com a qual a Administração forçadamente já convive.

Art. 31. O Órgão Central do Sistema de Pessoal Civil determinará o imediato aproveitamento de servidor em disponibilidade em vaga que vier

a ocorrer nos órgãos ou entidades da administração pública federal.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no § 3º do art. 37, o servidor posto em disponibilidade poderá ser mantido sob responsabilidade do órgão central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal — SIPEC, até o seu adequado aproveitamento em outro órgão ou entidade. (Parágrafo incluído pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

I

Este artigo complementa o sentido do artigo anterior, indicando e detalhando a obrigatória determinação de aproveitamento do servidor colocado em disponibilidade para a vaga que surja nos quadros dos órgãos ou das entidades da Administração federal. Já se denota que o aproveitamento é uma forma de provimento do cargo público, assim prevista expressamente no art. 8º, pois que preenche vaga existente.

Aquele aproveitamento prevalece sobre qualquer outra forma de provimento de cargo público a teor do art. 31, uma vez que, abrindo-se vaga, a primeira providência a ser tomada pela Administração é examinar se existe algum servidor, em disponibilidade, que anteriormente ocupava aquele cargo ora vago; em havendo, precisará a Administração provê-lo com o servidor, e apenas em não existindo servidor equivalente em disponibilidade é que poderá a Administração livremente utilizar as outras formas de provimento, uma das quais será escolhida, conforme o caso.

A Lei se referia, anteriormente à Lei n. 9.527/97, ao "órgão central do sistema de pessoal civil", sem especificar qual seja — e era melhor assim...

Sabendo-se da natural transitoriedade das várias organizações administrativas do serviço público federal, anteontem este órgão pode ter sido o DASP, ontem pode ter sido o DRH da Secretaria de Administração Federal, hoje para alguns é o declinado no parágrafo único, como amanhã pode ser outro. Seja qual for a situação vigente, algum órgão central de pessoal a Administração

federal precisará sempre ter, e será este o órgão referido no art. 31 da L. 8.112. Nada impede, evidentemente, que esse órgão central tenha representações por todo o País, única forma de atuar com eficácia em tão vasto território; mas a orientação precisará ser sempre uniforme e centralizada.

Quando a lei, entretanto, menciona que aquele órgão central determinará o imediato aproveitamento nos órgãos da Administração é evidentemente perfeita; o que se questiona é poder o órgão central do Executivo federal determinar aproveitamento de servidor posto em disponibilidade nas entidades federais descentralizadas, como as autarquias e as fundações públicas. Trata-se, parece, de um descuido da lei, ou de uma apressada e indevida generalização, que o centralismo do Executivo tanto praticou nas últimas décadas.

O fato é que não pode um órgão do Executivo, por maior que seja, determinar aproveitamento de servidores de fundações, ou de autarquias, por essas entidades colocados em disponibilidade. Ou a autarquia é de fato e de direito uma autarquia, ou é um Ministério; e o mesmo se diga das fundações. Quem as governa são suas diretorias, e não órgãos centrais de pessoal do Executivo federal. A parte final do *caput* do art. 31, portanto, quando menciona "entidades", avançou sobre os limites constitucionais da competência do Executivo federal, razão por que não produz efeito legítimo se interpretada com literalidade (interpretação que, seria, de resto, a de esperar).

II

Ao redigir o parágrafo único deste art. 31, o legisldor olvidou-se de que a L. 8.112 não se aplica apenas aos servidores do Executivo federal, mas também aos dos demais Poderes da União, como aos das autarquias e das fundações federais, e especificou um órgão exclusivo do Executivo, o SIPEC, para que possa ocasionalmente responsabilizar-se pelo servidor *do Executivo* em disponibilidade enquanto sua redistribuição (cf. art. 37, § 3º) não se completa.

Mais: uma tal questiúncula de organização interna do Executivo, mutante e

mutável como a vestimenta diária do seu autor e que amanhã mesmo será alterada, acaso mereceria figurar no estatuto dos servidores federais? Inexistiria, acaso ainda, algum assunto mais relevante a justificar a alteração da lei neste passo?

Que comentário merece este dispositivo? Sigamos, sem maior lucubração.

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

Este artigo contém uma parte óbvia e outra assustadora, espantosa, inédita no ordenamento jurídico brasileiro. A parte óbvia é a que se refere à anulação do aproveitamento, caso, salvo por doença comprovada por junta médica oficial, o servidor aproveitando não ingressar em exercício no prazo legal (a que se refere o art. 13). Nada mais óbvio: um ato praticado fora da lei deve ser tido como nulo de pleno direito, e pela Administração tornado sem efeito.

O estonteante entretanto é o instituto da *cassação da disponibilidade*, previsto como sanção pelo único motivo de o aproveitando não entrar em exercício no prazo que lhe dá a lei. Apenas por essa razão, prescreve o art. 32, ser-lhe-á simplesmente cassada a disponibilidade.

Mas, por espantosa que seja a mera previsão na lei da cassação da disponibilidade, esse tema foi objeto de deliberação do TRF-5ª Região, como segue: “Administrativo. Servidor público. Demissão. Reintegração ao serviço. Prescrição quinquenal. Lei n. 1.711/52, art. 169. Lei n. 8.112/90, art. 110, I. — Tanto art. 169, 1, da Lei n. 1.711/52, quanto o art. 110, I, da Lei n. 8.112/90, são bastante claros ao preceituar que prescreve em 5 (cinco) anos o direito de requerer reforma de atos de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade. — Precedentes. — Apelação improvida” (AC n. 112100/PB, 1ª Turma, *DJ*, 28-12-1998).

Não é novidade, de fato, esta previsão, uma vez que o parágrafo único do art. 212 da Lei n. 1.711/52 já a previa, também com uma simplicidade e uma despreocupação aterradoras (é bem verdade que a L. 8.112 eliminou do seu bojo as hoje inacreditáveis impropriedades, que fazem duvidar da escolaridade mínima do seu autor, contidas nos incs. I a IV do art. 212 da Lei n. 1.711/52). Tanto a anterior Lei n. 1.711/52 quanto esta L. 8.112, que neste ponto já evoluiu, reconheçamos, parecem não se ter dado conta do que significa cassar uma disponibilidade.

O estilo despreocupado e leviano da previsão, constante do art. 32, de cassação de disponibilidade, dá ideia de que a Administração cassa uma disponibilidade assim como quem declara ponto facultativo determinado dia do ano, ou como altera a estética de um impresso oficial, ou ainda como quem altera a disposição dos móveis de uma sala. “Cassação de disponibilidade” é uma expressão que só tem sentido jurídico se acompanhada da necessária cautela e solenidade na sua execução, que apenas um amplo, minucioso e contraditório processo administrativo pode garantir ao servidor. Esta previsão jamais poderia ter sido omitida pela lei.

Para suprir a omissão, que já constava da Lei n. 1.711/52 e agora se repete nesta L. 8.112, o antigo DASP, talvez em desespero de causa e para acudir ao direito em face da infantil despreocupação do legislador, expediu duas formulações, cujo teor só se pode interpretar como sendo de *absolutamente obrigatória* observância pela Administração, sempre que pretenda cassar a disponibilidade de algum servidor: são elas as Formulações DASP n. 201 e 321**[40]**, que indicam sobre o necessário processo administrativo para a hipótese. Subsistentes ou não as formulações, sua lição é de necessária observância ainda hoje.

É que a pena de cassação da disponibilidade é das mais graves que se possa imaginar para o servidor público, equivalendo à da cassação da aposentadoria, de modo que algo tão drástico e abrangente não pode constar da lei como conse-

quência de uma omissão inegavelmente menor, qual seja, a perda de um prazo por parte do servidor, sem maiores formalidades necessárias.

A exceção ("salvo doença comprovada por junta médica oficial") prorroga indefinidamente, ou melhor, de acordo com sucessivos atestados médicos, o prazo para o servidor aproveitando entrar em exercício, mas nesse caso não é a Administração que se obriga a, *ex officio*, determinar exames, pois atuará apenas se a pedido do servidor.

Capítulo II

DA VACÂNCIA

Art. 33. A vacância do cargo público decorrerá de:

I - exoneração;

II - demissão;

III - promoção;

IV - (Revogado pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997);

V - (Revogado pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997);

VI - readaptação;

VII - aposentadoria;

VIII - posse em outro cargo inacumulável;

IX - falecimento.

I

Assim como o art. 8º trata do provimento dos cargos públicos, este art. 33 cuida da outra face da medalha: a *vacância* dos mesmos cargos. A algumas formas de provimento correspondem algumas formas de vacância, mas a outras formas de provimento, não. Vaga-se um cargo público federal, regido pela L. 8.112 por: a) exoneração de seu ocupante; b) demissão; *c*) promoção; d) readaptação; e) aposentadoria; f) posse em outro cargo acumulável, ou g)

falecimento. Foram revogadas tanto a ascensão quanto a transferência pela Lei n. 9.527/97, em face das reiteradas decisões do STF no sentido da sua ilegalidade, ou inconstitucionalidade.

Trata-se de um rol evidentemente exaustivo, que não comporta outras hipóteses, uma vez que esta matéria não admite simples exemplificações. Enquanto não ocorre alguma destas modalidades de vacância precisa-se considerar que o cargo está ocupado e não vago, e por mais que a situação não prevista neste artigo possa perdurar.

II

Exoneração é a primeira modalidade de vacância de cargo público, cuidada nos arts. 34 e 35 da L. 8.112, razão por que se deixam os comentários para adiante, apenas se antecipando aqui que esta modalidade de desocupação de cargo público é frequentemente confundida com demissão, sem qualquer razão para isso, conforme se examinará, quando se trata de servidores estatutários (sendo a confusão generalizada em Direito do Trabalho).

III

Demissão é a segunda modalidade de vacância de cargo público, e constitui uma *penalidade*, prevista apenas nos arts. 127, III, e 132 e seguintes da L. 8.112.

Não se comentará neste momento, também por este motivo, a penalidade aplicável ao servidor, em razão de falta grave cometida, da demissão, o que se fará quando da análise dos últimos artigos mencionados.

IV

Promoção é outra forma de vacância de cargo público, e que, como foi já declinado, não está tratada na L. 8.112, por ser matéria afeta ao plano de carreiras mencionado no parágrafo único do art. 10. Apenas quanto ao instituto da promoção voltam-se a mencionar as Orientações Normativas n. 2 e 4 do DRH

da Secretaria de Administração Federal, que orientam no sentido da vigência das regras anteriores à L. 8.112 para reger tanto promoção quanto acesso; no mais fugiu ao âmbito desta L. 8.112 qualquer outra previsão acerca desses dois institutos.

Aqui só convém recordar, enfim, que, quando um servidor é promovido vaga em definitivo seu cargo originário, e o mesmo se dá quando é ele ascendido para outro cargo.

V

Aposentadoria é a garantia vitalícia de inatividade remunerada ao servidor que preencheu alguma das condições necessárias à sua concessão.

A matéria será comentada exaustivamente por ocasião da análise aos arts. 186 e seguintes, não cabendo aqui senão outra vez recordar que a aposentadoria faz vagar o cargo público, por vezes em caráter definitivo como na por tempo de serviço ou na compulsória, e por vezes em caráter provisório como no caso da aposentadoria por invalidez, sujeita a confirmação médica posterior.

Ainda que aparentemente definitiva a aposentadoria quando concedida, ela nem sempre o é, bastando que se examine o teor do art. 25 da L. 8.112, que já se comentou.

VI

Se o servidor toma posse em outro cargo, que não seja acumulável com o seu, precisará renunciar ao anterior, pedindo exoneração. Nesse caso evidentemente aquele cargo irá vagar, por imperativo constitucional. Não sendo possível a acumulação, e o servidor passando a ter dupla situação — o que só se concebe por desinformação da Administração, que jamais poderia empossá-lo em cargo cumulado com outro de modo proibido pela Constituição, art. 37, XVI e XVII —, se quiser manter o segundo, precisará evidentemente desistir do primeiro, abrindo-se então vaga nesse primeiro cargo.

Sobre retratação do servidor da opção por posse em outro cargo inacumulável deliberou o STJ: “Regida a Administração pelo princípio da publicidade de seus atos, estes somente têm eficácia depois de verificada aquela ocorrência, razão pela qual, retratando-se o servidor, antes de vir a lume o ato de vacância (posse em outro cargo), sua situação funcional deve retornar ao *status quo ante*, vale dizer, subsiste a ocupação do cargo primitivo. Sentença e acórdão mantidos” (REsp n. 213.417-DF, 6ª Turma, *DJ*, 13-12-1999).

VII

O *falecimento* é a derradeira forma de vacância de cargo público prevista no art. 33. Não existe qualquer dificuldade em compreender a disposição: falecendo o ocupante seu cargo vaga, abrindo-se então a possibilidade de provimento desse cargo por qualquer das formas previstas na lei.

Precisará a Administração atestar, no assentamento do servidor, o seu falecimento, o que fará evidentemente de posse de cópia do atestado de óbito, para iniciar o processo de provimento do sucessor do servidor falecido.

Art. 34. 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.

A redação deste artigo dá a clara ideia de que a exoneração não constitui *penalidade* que a Administração aplique ao servidor efetivo ou em comissão. O art. 34 cuida da exoneração de cargo efetivo, elencando as três hipóteses possíveis.

A primeira delas ocorre a pedido. O servidor, por qualquer razão, desejando

desligar-se dos quadros da Administração, pede, a qualquer tempo, seu desligamento do cargo efetivo que ocupa, e tal desligamento se denomina “exoneração”. Não importa, para esse efeito, se o servidor já se estabilizou no serviço público, ou se ainda não. Não sendo o cargo público uma condenação (ainda que alguns possam parecer...), é renunciável a qualquer tempo.

As duas outras maneiras de exonerar servidor efetivo estão previstas nos incs. I e II do parágrafo único do art. 34. São as chamadas exonerações de ofício, ou *ex officio*, expressão que significa “por parte da Administração”, ou “graças a ato da Administração”.

A primeira hipótese de exoneração de ofício é aquela que a Administração procede quando, na forma do art. 20, apurar que o servidor não se presta ao cargo para o qual foi aprovado por concurso, onde ainda cumpra estágio probatório. Constatando a Administração a insuficiência do servidor quanto aos itens do art. 20, exonerá-lo-á, o que não pode ser havido como punição, pois reprovação em concurso ou reprovação em estágio probatório são fatos inteiramente distintos de qualquer penalização; atestam apenas que o servidor foi insuficientemente hábil para o desempenho das atribuições do seu cargo, sem com isso envolver alguma culpabilidade do servidor.

A segunda hipótese de exoneração é aquela referente à perda do prazo estabelecido, no § 1º do art. 15, por parte do servidor. Tendo ele sido empossado e perdendo o prazo quinzenal para entrar em exercício, a Administração deverá exonerá-lo. Este ato também não pode ser havido como qualquer espécie de punição ou penalidade; a perda de um prazo para a prática de um ato implica providências obrigatórias para a Administração, a serem compulsoriamente procedidas.

Assim, se a perda do prazo não pode ser havida como falta, a sua consequência por parte da Administração não pode ser tida como penalidade. Percebe-se que ambas as formas de exoneração de ofício são atos administrativos *vinculados*, obrigando a Administração de modo predeterminado, segundo a

vontade expressa da lei.

Art. 35. A exoneração de cargo em comissão e a dispensa de função de confiança dar-se-á: (Caput com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

I - a juízo da autoridade competente;

II - a pedido do próprio servidor.

Parágrafo único. (Revogado pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

Este artigo cuida da exoneração dos cargos em comissão e da dispensa de funções de confiança, instituições evidentemente em tudo distintas da dos cargos efetivos. Duas são as possibilidades de exoneração nestes casos: a pedido do servidor ou a juízo da autoridade competente.

Nem poderia ser diferente. *Cargos em comissão* são aqueles postos de trabalho definidos pela própria Constituição Federal como os a serem providos por livre nomeação, e dotados de livre exonerabilidade, pela autoridade. É da própria natureza e da mais íntima essência desses cargos o seu provimento essencialmente transitório, uma vez que ditado pelo único e exclusivo critério da confiança pessoal da autoridade nomeadora, que pode assim visar qualquer pessoa que detenha as condições para ser servidor público, entre as quais a escolaridade necessária para o provimento, quando a lei que criou o cargo a exigir.

O mesmo se diga das *funções de confiança,* as quais, sem chegar a constituir postos de trabalho autônomos como o são os cargos, significam aquele conjunto de atribuições adicionais a algum cargo que, por sua natureza essencialmente vinculada a determinado posto autônomo de trabalho, não justificam a criação de cargo, e que por isso são remuneradas por adicional ou gratificação específica, que enquanto é paga se soma à remuneração primária do cargo. É o caso de certas chefias e encarregaturas, ambas menos complexas que cargos autônomos.

Sendo ambos essencialmente discricionários e não vinculados tanto o provimento dos cargos em comissão quanto a designação para funções de confiança, pode a autoridade, observado o acima enunciado, para eles nomear ou designar quem bem entender, assim como pode corolariamente exonerar o nomeado ou o designado quando bem entender, sem mesmo declinar suas razões. Nenhum servidor em comissão, como nenhum designado para função de confiança, tem garantido o direito de manter-se nesse cargo ou nessa função. Neles jamais se estabiliza alguém dentro do serviço público.

Pode acontecer de um servidor efetivo ser nomeado para cargo em comissão, ou designado para função de confiança. Neste caso se afastará do primeiro para assumir o último, e, se estável no primeiro, não será a nomeação ou a designação que irá retirá-la. Caso exonerado do cargo em comissão, ou caso destituído da função de confiança, é-lhe sempre assegurado o retorno ao cargo efetivo.

Não pode ser encarada ou classificada como punição, outra vez, tal exoneração ou tal destituição, já que a autoridade, conforme afirmado, não precisa nem sequer declinar as razões por que exonera ou destitui, querendo, o servidor que indicara, e isso afasta por completo qualquer ideia de penalidade para estas modalidades.

A segunda hipótese ocorre quando a exoneração se dá a pedido do servidor, o que dispensa qualquer comentário além daqueles já expendidos a propósito do art. 34.

Sobre pedido de exoneração de servidor acometido de alienação mental, decidiu o TRF-1ª Região: “1. Comprovado que o servidor, ao requerer sua exoneração, não entendia, por debilidade mental, as consequências do seu ato nulo e o seu desligamento do serviço publico, pelo que deve ser reintegrado nele e, em seguida, aposentado em decorrência de invalidez. 2. Nula a exoneração e deferida a reintegração do servidor no cargo que ocupava, o pagamento dos vencimentos correspondentes ao período transcorrido entre ambas e simples consequência do deferimento do pedido principal (reintegração) e, portanto,

postulação implícita, que independe de explicitação para ser acolhida" (AC n. 91.01.11260-0-DF, 1ª Turma, *DJ*, 26-10-1992).

Capítulo III

DA REMOÇÃO E DA REDISTRIBUIÇÃO

Seção I

DA REMOÇÃO

Art. 36. Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.

Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidades de remoção: (Parágrafo único, incisos e alíneas com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

I - de ofício, no interesse da Administração;

II - a pedido, a critério da Administração;

III - a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração:

a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração;

b) por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial;

c) em virtude de processo seletivo promovido, na hipótese em que o número de interessados for superior ao número de vagas, de acordo com normas preestabelecidas pelo órgão ou entidade em que aqueles estejam lotados.

I

A Lei n. 9.527/97 ampliou significativamente o parágrafo único deste artigo, estabelecendo novas modalidades de remoção que antes da sua publicação não figuravam do texto.

Cuida o art. 33, assim sendo, da *remoção* de servidor público, que no *caput* está definida como o seu deslocamento, a pedido ou de ofício, dentro do mesmo quadro de trabalho, com ou sem mudança de sede, e, à falta de disposição restritiva, independentemente de ser estável ou não.

Sobre isso assim decidiu o TRF-3ª Região: "Inteligência do art. 36 da Lei n. 8.112/90. — Remoção significa o deslocamento do servidor no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede (art. 36 da Lei n. 8.112/90). — Impossível a remoção do servidor para quadro de pessoal pertencente a outro Tribunal Regional Federal. — Segurança denegada" (MS n. 91.03.01.3166-1, Pleno, *DOE*, 29-10-1991).

Não se deve confundir este instituto da remoção com o que era a transferência, a começar porque este último já não mais existe na L. 8.112, e que significava — apenas para efeito histórico este registro — a mudança de um cargo efetivo para outro de denominação igual, e não, como a remoção é, o simples deslocamento físico do servidor, sem qualquer mudança de cargo.

Esse mero deslocamento pode implicar alteração da sede do trabalho do servidor, de uma cidade para outra ou, dentro da mesma cidade, de um prédio para outro eventualmente distante. Juridicamente, entretanto, pode-se afirmar que nada se altera na situação do servidor somente pelo advento de sua remoção, cujas possibilidades estão elencadas nos incs. I a III.

II

A remoção se dá em três hipóteses, sendo que a terceira por sua vez compreende três modalidades.

A primeira hipótese (parágrafo único, inc. I) se dá por ofício, ou *ex officio*, pela Administração, sempre que ela, consultando o seu unilateral interesse, por razões de sua exclusiva conveniência, determina a remoção. Não cabe ao servidor, nesse caso, resistir à ofensiva da Administração, que tem a natureza de ordem hierárquica que em princípio não ofende direito algum do servidor.

A segunda hipótese de remoção (idem, inc. II) se dá a pedido do servidor, quando a esse seu manifestado interesse corresponde o interesse da Administração, que nesse caso, e por isso, defere o pedido, sem maiores formalidades ou dificuldade.

A terceira hipótese (idem, inc. III) se refere a remoção também a pedido, porém desta vez independentemente do interesse da Administração, que agora não é consultado como fora no caso do inc. II. Pode à primeira mirada parecer estranho que a lei imponha à Administração precisar conceder remoção a pedido do servidor sem antes consultar seu interesse; porém, ao se lerem as alíneas desse inc. III, logo se compreende o motivo deste aparente contrassenso: é que os motivos neste caso são imperiosos, de caráter social (al. *a*), ou de saúde do servidor (al. *b*), ou ainda por força do relevante motivo de administração interna indicado na al. *c*

Pela al. *a* deste inc. III, dá-se obrigatoriamente a remoção ao servidor que a requeira se o motivo for acompanhar cônjuge, também servidor civil ou militar de qualquer ente federado, que tenha sido deslocado no interesse da Administração, o que se supõe tenha sido *compulsório*, daí a “generosidade” da L. 8.112. Observe-se que neste caso a L. 8.112 não exige que o deslocamento do cônjuge tenha sido para localidade distante, mas simplesmente que tenha acontecido; demonstrando-o à Administração e pedindo remoção por esse motivo, a ela tem direito o servidor federal, independente de seu sexo ou de outra condição.

A teor da al. *b* do mesmo inc. III, a remoção se dá se o servidor, conforme atestado por junta médica oficial, achar-se doente e com isso impossibilitado de

continuar trabalhando na sua sede, ou então por motivo de que seu cônjuge, ou seu companheiro, ou seu dependente que viva a suas expensas conforme conste de seu assentamento funcional, achar-se nessa situação de saúde comprometida, e isso exigir remoção para melhor atendimento.

Algumas observações: a) a palavra “companheiro”, no masculino, não pode impedir que eventual companheira se valha do direito; b) imagina-se que o servidor neste caso resida em localidade distante de sua sede de trabalho, ou de outro modo não necessitaria de remoção para cuidar de sua saúde, ou da de seu dependente; c) não está claro no texto se é apenas o dependente que precisa constar do assentamento funcional do servidor, ou se o(a) companheiro(a) e o cônjuge também precisam constar.

Entendemos que *também precisam*, até porque é difícil imaginar um cônjuge que não conste do assentamento funcional de algum servidor público, como se inexistisse. E, quanto ao(à) companheiro(a), na lei situado entre o cônjuge e o dependente, só por esse motivo se torna difícil postular a sua exclusão.

A prova do casamento, ou da relação de companheirismo, ou de dependência, pode ser produzida por qualquer meio em direito admitido, que a Administração, em reconhecendo a sua juridicidade, obviamente precisará aceitar. No caso de remoção por motivo de saúde do servidor que o alega, ou das demais pessoas mencionadas nesta al. *b*, este motivo há de ser reconhecido apenas se e como atestado por junta médica oficial da União, após exame requerido pelo servidor ou determinado pela Administração para este fim.

Pela al. *c*, do inc. III, dá-se sempre que algum servidor a requeira quando n’algum processo seletivo interno promovido pela Administração o número de interessados for maior que o de vagas, de acordo com as normas preestabelecidas pelo órgão de origem. Não é claro este dispositivo, ainda que por certo tenha visado atender a alguma necessidade real e efetiva da Administração.

Aparenta significar que apenas *os aprovados* naquele processo seletivo terão

direito a obter a remoção, e, isto é certo de acordo com o inc. III, que o processo seletivo foi para trabalho em localidade diversa da sede daqueles mesmos aprovados, para o qual esses peçam remoção. O dispositivo evidencia que a Administração por vezes coloca em disputa certas vagas para remoção para alguma sede diversa, quando é certo que o número de eventuais aprovados possa ser superior a tais vagas, e desse modo obriga a mesma entidade a assegurar a esses a remoção, se requerida, num mecanismo tortuoso mas que, repita-se, não terá sido criado sem objetiva razão pela Lei n. 9.527/97.

Trata-se por fim, a remoção, de um instituto que não questiona a existência de vagas no local para onde for removido o servidor, de modo, e porque, na remoção o servidor afinal não sai do quadro onde estava lotado, ainda que dentro do mesmo quadro mude de sede, ou seja, transfira-se de endereço do local de trabalho, e esse efeito poderá revelar-se ocasionalmente de maior importância do que parece, por razões vinculadas à organização interna dos órgãos.

Sobre isso já deliberou o STJ: "1. Servidor público estadual, estudante universitário, que transfere seu domicílio para exercer função ou cargo público em outra localidade, tem direito de matricular-se em Universidade congênere mais próxima e, inclusive, de optar por curso de maior afinidade com o até então frequentado, devido a inexistência deste novo estabelecimento de ensino. 2. Recurso especial conhecido mas improvido" (REsp n. 17.3078-PB, 2ª Turma, *DJ*, 15-3-1999).

Seção II

DA REDISTRIBUIÇÃO

Art. 37. Redistribuição é o deslocamento de cargo de provimento efetivo, ocupado ou vago no âmbito do quadro geral de pessoal, para outro órgão ou entidade do mesmo Poder, com prévia apreciação do órgão central do SIPEC, observados os seguintes preceitos: (Caput com

redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

I - interesse da administração;

II - equivalência de vencimentos;

III - manutenção da essência das atribuições do cargo;

IV - vinculação entre os graus de responsabilidade e complexidade das atividades;

V - mesmo nível de escolaridade, especialidade ou habilitação profissional;

VI - compatibilidade entre as atribuições do cargo e as finalidades institucionais do órgão ou entidade.

§ 1º A redistribuição ocorrerá ex officio para ajustamento de lotação e da força de trabalho às necessidades dos serviços, inclusive nos casos de reorganização, extinção ou criação de órgão ou entidade.

§ 2º A redistribuição de cargos efetivos vagos se dará mediante ato conjunto entre o órgão central do SIPEC e os órgãos e entidades da Administração Pública Federal envolvidos.

§ 3º Nos casos de reorganização ou extinção de órgão ou entidade, extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade no órgão ou entidade, o servidor estável que não for redistribuído será colocado em disponibilidade, até seu aproveitamento na forma dos arts. 30 e 31.

§ 4º O servidor que não for redistribuído ou colocado em disponibilidade poderá ser mantido sob responsabilidade do órgão central do SIPEC, e ter exercício provisório, em outro órgão ou entidade, até seu adequado aproveitamento.

I

Este artigo foi inteiramente modificado e ampliado pela Lei n. 9.527/97 — e o desastre aí principiou.

Redistribuição é instituto que difere de remoção na medida em que remoção

é o deslocamento do servidor para diversa sede de trabalho dentro do mesmo quadro, enquanto a redistribuição constitui o deslocamento de um cargo de provimento efetivo, ocupado ou mesmo vago, para outro órgão ou entidade do mesmo Poder, “com prévia aprovação do órgão central do SIPEC”, observados os preceitos elencados nos incs. I a VI.

O trecho entre aspas indica de duas uma: ou o legislador hibernava em absoluta inconsciência quando o escreveu, já que o SIPEC é uma instituição do Executivo e de nenhum Poder ou entidade mais, ou foi concebido apenas para o Executivo, como pela redação que foi dada tornou-se forçoso concluir.

Assim de fato entendemos: se toda redistribuição precisa ser apreciada pelo SIPEC, e se somente o Executivo e as autarquias federais, pelo Decreto n. 67.326, de 5-10-1970, se submetem ao SIPEC, então *qualquer redistribuição somente no Executivo e nas autarquias federais se pode dar*, e não nos demais Poderes e entidades federais, não submetidos àquele Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal.

Mas é preciso admitir uma segunda leitura da lei, a de que os outros Poderes além do Executivo, e os entes a eles vinculados, podem redistribuir seus servidores sem atentar para este artigo da L. 8.112 — e isto num estatuto de funcionários é difícil de deglutir, daí, muito a contragosto e forçadamente, ficarmos com a primeira visão do problema, que exclui da redistribuição os demais Poderes além do Executivo e suas entidades.

A nítida impressão é a de que o legislador se esqueceu, outra vez na L. 8.112, de que existem mais Poderes na organização política e administrativa do País além do Executivo. Seja por isso, seja por outro motivo, parece-nos atualmente restrita a redistribuição *apenas ao Executivo*, o que não tem o menor cabimento técnico e o que não ocorria antes do advento da Lei n. 9.527/97, a qual, no ordenamento jurídico brasileiro, em muitos de seus momentos, recorda evento similar ao de esperar de um enfurecido símio de repente libertado em loja de finos cristais.

II

São os seguintes os *cumulativos* requisitos para a redistribuição poder ser determinada pela Administração, além da oitiva do SIPEC (conforme os incisos do art. 37):

I — *interesse da Administração,* a significar que não será consultado o interesse do servidor, mas tão só a unilateral conveniência da Administração;

II — *equivalência de vencimentos,* ou seja, nível igual (ou ocasionalmente apenas bastante similar) entre os cargos redistribuídos do ente de origem e os equivalentes do ente a ser beneficiado — e esta é a única leitura lógica do inc. II do art. 37, ou de outro modo o dispositivo significa que um cargo somente poderá ser redistribuído se tiver vencimento equivalente ao seu próprio... o que de resto não seria de duvidar, vindo da Lei n. 9.527/97, que neste passo específico se revela um dos mais degradantes trabalhos do legislador brasileiro em todos os tempos;

III — *manutenção da essência das atribuições do cargo*, e outra vez o impasse do leitor: então poderia acaso um cargo, ao se deslocar de um órgão para outro, mudar em suas atribuições? Não apenas "em essência" as atribuições, por mera lógica, devem continuar as mesmas, porém todas, em essência, em aparência e em conteúdo — ou de outro modo se terá caso de *reclassificação do cargo*, algo que parece jamais suspeitado para o autor da Lei n. 9.527/97;

IV — *vinculação entre os graus de responsabilidade e complexidade das atividades.* Outro mistério insondável, tanto quanto o anterior. Como poderia um cargo deixar de ter vinculação de atribuições *consigo mesmo*, se esse cargo foi meramente redistriuído de um para outro lugar na Administração? O legislador aparenta não fazer a mais pálida ideia do que escreveu, que não faz o mais remoto sentido sob nenhum ponto de vista, e o que se comenta apenas por dever de ofício numa obra de "varredura" dos dispositivos da lei;

V — *mesmo nível de escolaridade, especialidade ou habilitação*

profissional. Outra vez o delírio da lei, que talvez imagine que um cargo pode mudar a exigência de escolaridade ou de especialidade apenas por se deslocar de um para outro local da Administração. Como o anterior, não faz o menor sentido, e precisaria, tal qual toda a intervenção da Lei n. 9.527/97 neste artigo, ser raspada com estilete do contexto da a esta altura pobre L. 8.112, e

VI — *compatibilidade entre as atribuições do cargo e as finalidades institucionais do órgão ou entidade.* Acordou o legislador! Este dispositivo enfim faz sentido, e significa que, para poder a Administração redistribuir algum cargo, será necessário que as finalidades institucionais do órgão que o receba sejam compatíveis com as atribuições do cargo, vale dizer, sejam de mesma natureza, ou de índole, característica ou matéria institucionalmente afim, correlata, equivalente.

Não se admite a redistribuição de um cargo para órgão cuja finalidade institucional seja aberrante, ou divorciada, das atribuições daquele cargo, o que nada mais assegura que a pura racionalidade no manejo de cargos públicos, como por exemplo, na prática, a impedir que um cargo federal de carcereiro seja deslocado para o quadro de uma biblioteca igualmente federal.

III

O § 1º do artigo informa — de modo óbvio — que a redistribuição *ex officio* "ocorrerá para ajustamento de lotação e da força de trabalho às necessidades dos serviços, inclusive em casos de reorganização, extinção ou criação de órgão ou unidade". Jamais alguém imaginaria algo diferente, porque foi apenas para esse efeito instituída a redistribuição de cargos. Ainda que inexistisse este § 1º, o direito seria rigorosamente o mesmo, exatamente esse.

O § 2º prevê que ato conjunto entre o órgão central do SIPEC e os órgãos e as entidades da Administração Federal, envolvidos, proverá a redistribuição. Outra vez a degradante menção ao SIPEC e à Administração Federal, o que evidencia que a lei neste ponto somente cuida do Executivo. Assim, SIPEC e

entes interessados na redistribuição praticam ato conjunto, em atenção ao recíproco interesse, que determine a redistribuição dos cargos envolvidos.

Quanto à menção ao SIPEC, outra vez se recorde, resulta vergonhosa a L. 8.112 neste ponto, pois que relegou Judiciário, Legislativo e Ministério Público federais, e o Tribunal de Contas da União, ao esquecimento e ao limbo, literalmente privando-os da incidência do estatuto dos seus servidores quanto ao específico tema da redistribuição de cargos. Se por acaso esses Poderes e entes ainda redistribuírem cargos com pretenso fundamento no estatuto federal dos servidores públicos, *fazem-no contra a L. 8.112, ilegalmente portanto*, uma vez que não estão sujeitos ao SIPEC como a lei exige para a regular redistribuição de cargo.

Custa crer possa ser tão despreocupado, para não dizer de todo despreparado, o legislador federal em certos passos da L. 8.112, como este, e por diversas vezes citar o SIPEC, que foi criado *por decreto de 1970* como mero sistema interno de organização do pessoal do Executivo e das autarquias federais, aqui em pleno estatuto dos servidores públicos da União.

O SIPEC, tão pouco solenemente quão foi criado, pode ser extinto a qualquer minuto por canetada do Presidente da República, que acaso acorde num dia de humor instável. Com efeito, constituindo um simples sistema de organização de pessoal, que não cria cargos nem aumenta a despesa, pode a todo tempo ser extinto, ou substituído por outro conforme a conveniência ou mesmo o modismo do momento; porém, a partir de 1997, com a Lei n. 9.527 ganhou *status* de algo muito mais sério e alto, a ponto de solene e imponentemente figurar na L. 8.112, como se esta se aplicasse tão só ao Executivo e às autarquias federais.

Assim, se o Executivo em dado momento quiser extinguir o SIPEC, então precisará dar-se conta, muito pateticamente, de que esse sistema consta até mesmo, e por várias vezes, do próprio estatuto dos servidores federais, a L. 8.112 — façanha que a *comédie française* não faria melhor. Precisa o legislador acordar, repita-se, de sua presente e monumental hibernação, e tão logo seja

possível livrar o ordenamento jurídico brasileiro do pesadelo que é ver inscrito algo como o SIPEC — respeitável, sim, mas em seu lugar e não na L. 8.112 — no estatuto dos servidores públicos civis da União.

O § 3º repete em parte o disposto no 3º do art. 41 da Constituição, fixando que em caso de extinção de cargo, ou de declaração de sua desnecessidade, se não for redistribuído o servidor estável, será colocado em disponibilidade. Esqueceu-se o legislador, desta vez, de que a redistribuição não é de servidores, mas *de cargos públicos.* Olvidou-se de ler o *caput* deste art. 37, que ele próprio, legislador, escreveu. Confundiu talvez remoção, que se refere ao servidor, com redistribuição, que é relativa a cargo e não à pessoa do servidor.

Torna-se difícil comentar um despautério tão imenso, de absurdo despropósito, que reforça a convicção de que o legislador precisa despertar de sua inconsciência absoluta, e aprender a trabalhar. Sim, porque pelo texto deste art. 37 o servidor não pode ser redistribuído, mas tão só um cargo que ocasional e eventualmente algum servidor ocupe. Teria pretendido com aquilo dizer a lei "deslocado o servidor cujo cargo foi redistribuído"? Se foi, por que não o disse expressamente, em vez de baralhar categorias jurídicas que a própria lei instituiu rigorosamente distintas, em Seções distintas do mesmo Capítulo?

Este § 3º, na parte em que não repete a Constituição e que por isso é inútil, não tem nenhum sentido dentro do artigo, e o melhor a fazer, enquanto ainda estiver em vigor, será ignorá-lo. O símio, mencionado no último parágrafo do tópico I dos comentários a este artigo, permanece à solta na loja de cristais.

O § 4º deste juridicamente *asqueroso* artigo volta a mencionar a redistribuição de servidores, como também o SIPEC, sobrepondo absurdo a absurdo. De elogiável contém apenas o fato de ser o último parágrafo do artigo, e a certeza de que o subsequente, do teor que for, será melhor.

Seria válido, e apenas para o Executivo federal, se tivesse algum sentido jurídico, porque não tem nenhum, já que repete a menção à inexistente figura da redistribuição de servidores, e isso, para dizer o mínimo, não é modo de a lei

referir — se foi isso o que quis — o deslocamento do servidor ocupante de cargo redistribuído. Estatuto de servidores não pode ser jogo de adivinhação.

Enquanto estiver em vigor o pesadelo da autoridade federal, incumbida por dever de ofício a executar a L. 8.112, permanecerá aceso qual tortura interminável. Não merece outro comentário o dispositivo, senão que precisa ser extirpado o mais depressa possível, qual maligno carcinoma, do — vergastado com requintes de crueldade — ordenamento jurídico pátrio.

IV

Quanto ao instituto em si da redistribuição de cargos — e não quanto ao que dele fez a Lei n. 9.527/97 —, a sua motivação é, naturalmente, diversa daquela da remoção. Na redistribuição tem em vista a Administração apenas e tão somente a adequação, ou o ajustamento, de vários quadros de pessoal às novas, supervenientes, necessidades dos serviços envolvidos, as quais se alteram com frequência, sobretudo em casos de reorganização do órgão, sua extinção ou, ainda, quando da criação de órgãos ou entidades.

É natural que, reorganizando-se qualquer entidade, bem como criando-se cargo ou extinguindo-se nos quadros de qualquer entidade ou órgão, possa haver necessidade de ajustamentos, adequações, permutas, intercâmbios ou as mais diversas composições interentidades. Pode ocorrer, assim, de uma entidade reorganizada não mais necessitar um seu cargo, o qual faz falta em outra; daí a causa de a L. 8.112 haver previsto, como um aparelhamento adicional ao serviço da União, o instituto da redistribuição, que neste momento apenas precisa ver-se livre da tragédia institucional que sobre ele se abateu por força da Lei n. 9.527/97.

A redistribuição, em casos de extinção de órgão ou entidade, é evidentemente o primeiro cuidado que a Administração deverá ter com relação aos servidores atingidos, e a primeira tentativa de, juntamente com seus cargos, deslocá-los para quadros de outros órgãos ou entidades criadas ou mantidas.

Observada esta cautela, apenas aqueles cargos, com seus ocupantes, que não tenham, positivamente, lugar em nenhuma outra entidade, ou outro órgão remanescente, serão postos em disponibilidade, fazendo incidir todas as regras relativas a este instituto constitucional e legal — revelando-se sempre imprescindível a extirpação de qualquer menção ao SIPEC ou a outros sistemas ou organismos internos ou exclusivos do Executivo.

Capítulo IV

DA SUBSTITUIÇÃO

Art. 38. Os servidores investidos em cargo ou função de direção ou chefia e os ocupantes de cargo de Natureza Especial terão substitutos indicados no regimento interno ou, no caso de omissão, previamente designados pelo dirigente máximo do órgão ou entidade. (Artigo com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

§ 1º O substituto assumirá automática e cumulativamente, sem prejuízo do cargo que ocupa, o exercício do cargo ou função de direção ou chefia e os de Natureza Especial, nos afastamentos, impedimentos legais ou regulamentares do titular e na vacância do cargo, hipóteses em que deverá optar pela remuneração de um deles durante o respectivo período.

§ 2º O substituto fará jus à retribuição pelo exercício do cargo ou função de direção ou chefia ou de cargo de Natureza Especial, nos casos dos afastamentos ou impedimentos legais do titular, superiores a 30 (trinta) dias consecutivos, paga na proporção dos dias de efetiva substituição, que excederem o referido período.

I

Com a redação alterada pela Lei n. 9.527/97 — porém nem de longe tão mal quanto o artigo anterior —, cuida o art. 38 da substituição, fixando no *caput* que

aqueles servidores investidos em funções de direção ou de chefia, e aqueles ocupantes de cargos de natureza especial, terão substitutos indicados no regimento interno ou, em não o havendo, ou em não estando indicados no regimento que houver, serão substituídos por servidores designados pelo máximo dirigente do respectivo órgão ou entidade.

Funções de direção e chefia são uma coisa, e cargos em comisão são outra; a Carta de 1988, no inc. V do art. 37, evidencia a diferença entre função e cargo, como de resto vários momentos da Constituição também o fazem. Cargos em comissão de direção e chefia *não são o indicado no "caput", portanto.* E funções são atribuições ou designações adicionais a certos cargos, que não justificam a criação de cargos.

Quanto a cargos *de natureza especial*, são aqueles, de provimento em comissão, instituídos e assim classificados em uma extremamente confusa, entre-chocante e instável legislação federal que de há anos evidencia que o legislador federal está muito longe de saber o que deseja implantar, e que inclui, dentre outras, a Lei n. 9.624, de 2-4-1998, art. 4º, § 1º; a Lei n. 11.094, de 13-1-2005, art. 10, I; a Lei n. 10.667, de 14-5-2003, art. 13, I; a Lei n. 10.470, de 25-6-2002, art. 1º, e outras ainda, num labiríntico conjunto capaz de confundir até o clássico *minotauro*, e que de tão intricado faz duvidar até mesmo da honestidade de propósito do legislador, aparentemente disposto a fazer perder-se qualquer profissional aplicador dessa legislação.

Sejam enfim o que exatamente forem, para poderem ser tidos como de natureza especial, para efeito deste art. 38, tais cargos precisarão constar desse modo expressamente indicados na legislação.

A razão de ser desta disposição é que dos servidores investidos em funções de direção ou chefia, bem como àqueles ocupantes de cargos em comissão, de natureza especial ou não, a Administração exige com frequência afastamentos, ou lhes impõe impedimentos em virtude da própria natureza dos cargos e das funções. Missão oficial no exterior, por exemplo, ou representação da autoridade

num congresso ou conclave distante da sede de exercício, impedem que o servidor se mantenha no desempenho das suas atribuições.

Como a Administração não pode prescindir daqueles serviços, torna-se necessário que alguém substitua o servidor impedido, e para isso algum regimento interno, na melhor técnica, indicará os substitutos de cada servidor ocupante de cargo em comissão, ou investido em função de direção ou chefia. Apenas em não existindo esse regimento a autoridade competente, que é o dirigente máximo do respectivo órgão ou entidade, previamente ao afastamento, indicará o substituto do servidor que deva afastar-se.

II

Não deve, a teor do § 1º deste artigo, existir nenhum interregno entre a saída do substituindo e o início de exercício do substituto, já que a assunção do posto pelo último deve ser automática, e deve dar-se referentemente a qualquer espécie de afastamento ou impedimento assim reconhecido, o que exclui eventuais faltas ao serviço, que não constituem afastamentos nem impedimentos.

Quanto à previsão de que o substituto deverá optar pela sua remuneração ou pela do servidor que substitui, quando deve exercer ambos os cargos, a isso Marx denominou *mais-valia*, que é a locupletação por alguém do trabalho mal remunerado de outrem, ou a exploração do trabalho sem a merecida remuneração. Marx, no seu *Capital* da virada do século, acusava a iniciativa privada de explorar a miséria do trabalhador de outro modo desempregado, mas que dizer quando é o próprio Estado, que devia dar o melhor exemplo de conduta, que o faz, como aqui?

Contrariando a própria Constituição, art. 37, XVI, que proíbe a acumulação — se bem que duplamente remunerada — de cargos públicos, eis aqui nada menos que o estatuto dos servidores públicos federais obrigando a acumulação, bastando que seja determinada pelo superior...

Não é preciso recordar que esta atual redação foi dada pela Lei n. 9.527/97,

redigida por agentes públicos *paus-mandados* do chefe do Executivo federal à ocasião, tão vocacionados a legisladores quanto capivaras no pantanal mato-grossense, que, para satisfazer a vontade daquela autoridade, praticaram todas as atrocidades jurídicas e institucionais que se leem da Lei n. 9.527/97, vergonhosamente concebida e vergonhosamente aprovada pelo Congresso Nacional.

Se é constitucionalmente proibido acumular cargos públicos com suas remunerações — por imoral ao erário —, entretanto mandar um servidor desempenhar dois cargos e receber somente por um deve ter parecido o instituto mais regular e natural possível aos autores da Lei n. 9.527/97. Explorar o mesmo servidor não contém, para aqueles, a mesma imoralidade.

É fácil compreender a redação do dispositivo, sendo no entanto impossível deglutir a sua ordem, que apenas demonstra o acerto de Rousseau ao referir que o Estado é o maior monstro que o ser humano pode conceber.

III

O § 2º deste art. 38 abre uma espécie de exceção à regra do § 1º — sem entretanto consertar seu estrago —, fixando que o substituto receberá *retribuição* pelo exercício da função de chefia ou de direção, ou de cargo de natureza especial, sempre que a substituição durar mais de trinta dias, e pelo período que exceder esse trintídio, retribuição aquela a ser calculada nas mesmas bases pagas ao titular, proporcionalmente aos dias de substituição.

Sobre este assunto decidiu o STJ: “1. Com a edição da MP n. 1.522/96, passaram os servidores públicos federais a terem direito à gratificação de substituição a contar do trigésimo dia de substituição do titular, e não mais a contar do primeiro dia, conforme era a redação original da Lei n. 8.112/90. 2. A jurisprudência do STF admite a reedição da Medida Provisória não votada pelo Congresso Nacional, com prevenção de eficácia do provimento com força de lei, sem solução de continuidade, até que eventualmente se consume, sem reedição,

o seu prazo de validade, ou seja, ele rejeitado. 3. Recurso Especial provido" (REsp n. 255.890-RN, 5ª Turma, *DJ*, 6-11-2000).

Assim, se a substituição durar menos que um mês, será opcional a remuneração, mas, se exceder, a lei já a estabeleceu como sendo a do substituído. Precisaria tê-lo feito? Absolutamente não.

Além de a palavra *retribuição* não contribuir nem um pouco para a precisão de um texto legal que precisa ser absolutamente rigoroso como é o da L. 8.112, pergunta-se: e se acaso, por motivo de agregações ou incorporações de vantagens, o que é tão comum no serviço público, a remuneração do substituto já for originariamente maior que a do substituído, seu superior hierárquico, ainda assim precisará ser o substituto *rebaixado* em sua paga, enquanto dure a substituição de mais de trinta dias?

Evidentemente não, porque de outro modo se estaria vulnerando a garantia de irredutibilidade remuneratória assegurada aos servidores públicos pelo art. 37, XV, da Constituição Federal. Vale a regra apenas para os casos em que beneficie o substituto, o qual continuará, nada obstante isso, sendo prejudicado pela dupla obrigação funcional.

De mais a mais, é também de indagar para que de fato existe este § 2º, se pelo § 1º o substituto sempre pode optar pela maior remuneração, mesmo que de um dia o afastamento do substituído.

Na Lei n. 9.527/97, cuja técnica é em geral — com muito honrosas exceções tópicas — incomparavelmente péssima, afora isso resta o leitor sem compreender se é mais inútil que imoral, ou o inverso.

Sobre o tema, a Orientação Normativa n. 96 da SAF.

Art. 39. O disposto no artigo anterior aplica-se aos titulares de unidades administrativas organizadas em nível de assessoria.

O art. 39 bem poderia figurar como simples § 3º do art. 38. Trata-se de casuísmo relativo à substituição de titulares, em comissão, de unidades administrativas organizadas em nível de assessoria. Unidades de assessoria, ou assessoramento, são tradicionalmente aquelas dispostas não em linha hierárquica sob as unidades executivas dos Ministérios, mas aquelas vinculadas aos gabinetes, sem hierarquia sobre as repartições de linha e cuja função é de apenas monitorar, prestar consultoria, assessorar, municiar com dados e fundamentação as mais altas unidades de direção superior.

Desse modo, os titulares das unidades de assessoria estão incluídos expressamente entre os beneficiários das instituições referentes à substituição, previstas no art. 38. Muito mais simples teria sido incluir a extensão, objeto do art. 39, como regra, já no *caput* do art. 38.

Título III

DOS DIREITOS E VANTAGENS

Capítulo I

DO VENCIMENTO E DA REMUNERAÇÃO

Art. 40. Vencimento é a retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei.

Parágrafo único. (Revogado pela Lei n. 11.784, de 22-9-2008.)

I

Cuida o art. 40 do vencimento do servidor, definindo-o como a retribuição pecuniária pelo exercício do cargo, cujo valor deve ser fixado em lei.

Esta definição, excessivamente sintética, é bastante importante para tudo quanto siga na lei, e para todos os efeitos pecuniários e retribuitórios do servidor público. Deve-se entender que vencimento é a retribuição *básica*, correspondente ao valor inicial e isolado fixado pela lei que crie cada cargo.

Deve ser expresso sempre em moeda corrente do País, e significa o valor primordial sobre o qual serão calculadas todas as vantagens, os acréscimos, os adicionais e as gratificações que tenham como base o *vencimento* do cargo, palavra esta última que deve vir sempre escrita no singular. Com efeito, esta palavra no plural, "vencimentos", tem ensejado na jurisprudência e na prática administrativa confusões sem conta, sendo muitas vezes mesmo interpretada como sinônimo de *remuneração*, conceito que em tudo refoge ao de vencimento.

Toda lei que crie cargo precisa, portanto, fixar-lhe determinado vencimento, sob essa e apenas essa denominação, evitando-se com isso qualquer dubiedade

no emprego da palavra, para quaisquer efeitos.

II

O parágrafo único do art. 40 tão só dá cumprimento ao disposto no inc. IV do art. 7º, combinado com o atual § 3º do art. 39, todos da Constituição Federal.

Naqueles dispositivos se estabelece que se aplica aos servidores públicos a garantia de salário mínimo, prevista no art. 7º, IV, da CF/88. Assim sendo, todo servidor público no Brasil, a partir da edição da nova Constituição, tem garantido como vencimento, pelo menos, o salário mínimo nacionalmente unificado. Isso significa que a lei que crie cargos precisa assegurar, como vencimento básico, inicial, do menor cargo público, um salário mínimo nacional, integral.

Nada impede evidentemente que com o decorrer do tempo os ocupantes desses cargos, cujo vencimento seja o salário mínimo, somem a ele vantagens pessoais, gratificações, adicionais, incorporando-as de modo definitivo. O que não pode ser menor que um salário mínimo é a previsão inicial, referente apenas ao vencimento, em cada lei que crie cargo.

Já se percebe, como antes se denotava, que toda lei que crie cargo precisará nesse passo indicar-lhe o vencimento, até por força do princípio da legalidade a que se sujeita toda a atuação da Administração pública, por força do art. 37 da CF/88.

Não se concebe, pela sistemática constitucional, que uma lei que crie cargo não lhe fixe *pari passu* o vencimento, o qual não poderia ficar ao alvedrio do chefe do Poder Executivo, que por decreto o fixaria. Decreto não fixa vencimento de cargo algum na política constitucional referente a servidor público no Brasil; apenas a lei pode ter o legítimo condão de fixar vencimento de cargo público, bem como, conforme se examinará, toda e qualquer vantagem pecuniária, ou mesmo de fruição, aos servidores públicos.

Esta regra vale para o Poder Executivo e para o Judiciário, aos quais a CF

exige lei para a criação de cargos. Não prevalece na íntegra, lamentável e injustificavelmente, para o Poder Legislativo federal, que cria cargos por atos internos de cada Casa, simples resoluções, por autorização do art. 48, X, da Constituição.

Apenas se registre que, por força dos arts. 51, IV, e 52, XIII, todos da Constituição, cada Casa do Congresso deve ter a iniciativa *da lei* que fixe a remuneração dos cargos criados por aquelas resoluções congressuais. A legalidade estrita da despesa pública passou a dever ser observada no Congresso Nacional, desse modo, não quanto à criação dos cargos, porém apenas quanto à fixação da respectiva remuneração — o que constitui inegável evolução ante o direito constitucional anterior.

III

Apenas retribuição pecuniária integra o vencimento. Pecúnia é dinheiro, de modo que obrigação pecuniária é aquela expressa em dinheiro. Pode eventualmente existir, o que é raro, retribuição não pecuniária, ou seja, em gênero ou em utilidade. Caso exista fixada para o servidor público, não pode ser titulada como vencimento, e, com isso, vantagens calculadas sobre o vencimento não podem jamais compreender tais retribuições não pecuniárias.

Art. 41. Remuneração é o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei.

§ 1º A remuneração do servidor investido em função ou cargo em comissão será paga na forma prevista no art. 62.

§ 2º O servidor investido em cargo em comissão de órgão ou entidade diversa da de sua lotação receberá a remuneração de acordo com o estabelecido no § 1º do art. 93.

§ 3º O vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens de caráter permanente, é irredutível.

§ 4º É assegurada a isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas do mesmo Poder, ou entre servidores dos três Poderes, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho.

§ 5º Nenhum servidor receberá remuneração inferior ao salário mínimo. (Acrescido pela Lei n. 11.784, de 22-9-2008.)

I

O art. 41 define remuneração como o conjunto do vencimento, do cargo efetivo, somado às vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei.

Desde logo se observa que a L. 8.112 não quis tratar de modo idêntico a remuneração dos cargos efetivos e aquela dos cargos em comissão, bem como das funções de direção, chefia e assessoramento. Separou nitidamente remuneração de uns e de outros, e talvez essa separação, que visou racionalizar a política remuneratória dos vários servidores públicos, no futuro dificulte, e bastante, a vida da própria Administração.

Seja como for, trata-se de um critério legal, para cujo estabelecimento era plenamente competente a União quanto aos seus servidores. De qualquer modo, a palavra "remuneração" não é privativa dos cargos efetivos, pois os §§ 1º e 2º do art. 41, bem como o § 5º do art. 62, hoje revogado, mencionam *remuneração de cargos em comissão, e de funções de direção, chefia e assessoramento.*

Remuneração, para a L. 8.112, é o conjunto *vencimento mais vantagens pecuniárias permanentes* legais. Vale dizer: toda vantagem que não for pecuniária não poderá compor nem o vencimento nem a remuneração, conforme os arts. 40 e 41 da L. 8.112.

Vantagem que não for permanente também não integra a remuneração, para os efeitos do art. 41. Assim, um adicional *temporário,* como, por exemplo, por insalubridade, ou uma *indenização,* como, por exemplo, a diária de viagem, por

não serem vantagens permanentes ao servidor, porém concedidas apenas esporadicamente, para acudir a situações especiais, não integram o conceito de remuneração.

Só as vantagens estabelecidas em lei podem, por fim, integrar a remuneração. Aqui nada de novo, porque, se não for estabelecida em lei, nenhuma vantagem pecuniária pode existir para o servidor público, salvo, eventualmente, se instituída genericamente em lei que delegue a decreto a competência de particularizar a sua aplicação a cada caso, conforme as distintas situações dos servidores.

II

Integram essencialmente o conceito de remuneração as vantagens. Vantagem é a parcela de retribuição ao trabalho do servidor que não constitua o vencimento, mas ao qual se acresce, quer a título permanente, quer a título provisório, sendo que apenas as vantagens permanentes, conforme visto, integram a remuneração, pela sistemática da L. 8.112. Compõem, entretanto, o conceito de *vantagem* quaisquer espécies de remuneração acessórias ao vencimento, como, por exemplo, aquelas previstas nos três incisos do art. 49 (indenizações, gratificações e adicionais).

Apesar de parecer taxativo o elenco do art. 49, a prática do serviço público demonstra que não o é, podendo ser categorizada, sem muita precisão técnica, mas sem desacerto, como vantagem qualquer parcela de remuneração que se soma ao vencimento básico, devida ao servidor público em razão do vínculo profissional que mantém com a Administração, e por mais variada que seja a sua natureza**[41]**.

III

O § 1º do art. 41 remete a política de remuneração dos cargos em comissão, e das funções, àquela prevista no art. 62, o qual a seu turno foi tremendamente

simplificado com o advento da Lei n. 9.527/97. Ali, como adiante se examinará, a L. 8.112 determina que ao servidor efetivo investido em funções próprias de comissão é devida *retribuição pelo seu exercício* — e não poderia ter havido maior simplificação do direito.

Mas é de fato profundamente inconveniente que a L. 8.112 mantenha a diferenciação quanto à remuneração dos cargos públicos, em razão apenas de serem efetivos ou em comissão. Para ambos, a lei que os criasse deveria, em boa técnica, especificar qual o vencimento respectivo, e nada mais. Quanto aos cargos em comissão, o que a lei fixasse seria o vencimento devido, mas não; pela sistemática da L. 8.112, lei específica é que fixará a remuneração das funções e dos cargos em comissão.

Como poderá uma única lei especificar a remuneração de todos os cargos em comissão, e das funções de chefia, direção e assessoramento da União, é mistério que talvez o legislador federal tenha decifrado, mas que refoge por inteiro à mais primitiva ideia de bom-senso. Em boa hora a L. 8.112 deveria ter reformulado esse mecanismo, dependente que é não de uma, mas de inúmeras leis específicas, as quais seriam, em melhor técnica, inteiramente inúteis caso observada a regra da fixação do vencimento do cargo em comissão, ou do valor da função, na mesma lei que os instituísse.

IV

Fixa o § 2º do art. 41 que aquele servidor ocupante de cargo em comissão em órgão ou entidade diversa da de sua lotação será remunerado conforme prevê o art. 93. Este artigo, por sua vez, somente se refere à remuneração no seu § 1º, o qual menciona que na hipótese do exercício de cargo em comissão, ou função de confiança, a remuneração será devida pelo órgão ou entidade cessionária.

O único que se conclui deste torvelinho de remissões é que, sendo cedido para ocupar cargo em comissão em órgão ou entidade diversa da de sua origem, o servidor público receberá pela entidade à qual foi cedido e não por sua

entidade, cedente. E, se assim é, receberá *conforme as condições da entidade cessionária*, afastando-se daquelas de sua unidade de origem. Desonera-se, assim, a entidade a que pertencia o servidor cedido da sua remuneração, enquanto durar o empréstimo. Sem embargo dessa disposição, pode haver casos em que a cessão referida pode dar-se *com prejuízo do vencimento mas sem prejuízo das vantagens*, se o servidor cedido for efetivo na entidade cedente.

V

Prevê o § 3º que o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens de caráter permanente, é irredutível. Nenhuma novidade do plano constitucional, pois este parágrafo apenas repete a previsão do inc. XV do art. 37 da CF/88.

O que se pretendeu fixar neste § 3º é que as vantagens incorporadas se amalgamam ao vencimento, constituindo um só todo, irredutível, a que a lei já denominou "remuneração". As vantagens provisórias, que duram enquanto permaneçam certas condições transitórias, evidentemente são retiradas quando cessem aquelas condições especiais, ou então na inativação do servidor, provisória ou definitiva.

Sobre irredutibilidade assim decidiu o TRF-5ª Região: "1. A Lei n. 8.112/90, no § 3º do art. 41, ao tratar do vencimento e da remuneração dos servidores públicos federais, estabelece que são irredutíveis o vencimento do cargo efetivo, acrescidos das vantagens de caráter permanente. 2. Os chamados 'cargos de confiança' ou 'cargos em comissão' possuem natureza transitória, precária, podendo seus ocupantes ser exonerados a qualquer tempo. As vantagens percebidas em razão do exercício de tais cargos não são permanentes, podendo ser perfeitamente minoradas, sem que se configure desrespeito ao postulado da irredutibilidade de vencimentos. 3. Hipótese em que a vantagem de 55% da retribuição relativa aos cargos de direção de que eram ocupantes os impetrantes, docentes da carreira de magistério em regime de dedicação exclusiva, foi minorada para 40%. 4. Apelação improvida" (AMS n. 80.170-RN, 2ª Turma,

DJ, 13-2-2004).

Anote-se também, por interessante, a seguinte lição jurisprudencial, do STF: Suspensão de Segurança n. 2.177/PE, relator Min. Presidente, j. 4-2-2003. Decisão proferida pelo Min. Marco Aurélio, Publ. *DJ*, 13-2-2003:

"Decisão (...) SERVIDOR PÚBLICO. ESTABILIDADE FINANCEIRA. DIREITO ADQUIRIDO. SEGURANÇA CONCEDIDA. *A vantagem, uma vez incorporada ao patrimônio do servidor, não pode ser reduzida, suprimida ou congelada, sob pena de afrontar o princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos.* Apelo provido. Segurança concedida. (...) O Juízo de origem, tendo em conta as balizas objetivas de processo a revelar mandado de segurança, reconheceu o direito dos impetrantes à manutenção de remuneração, à luz do direito adquirido. O acolhimento do pleito de suspensão de segurança pressupõe, à primeira visão, a possibilidade de prejuízo para o erário, conclusão a que não se chega, ante as premissas do acórdão prolatado. Em tal campo, não há como dizer da pertinência da alegação de que ocorreu, à luz do artigo 37, inciso XV, da Constituição Federal, simples mudança de forma do cálculo dos reajustes.

Relativamente ao limite com gastos de pessoal, a forma de alcançar o almejado equilíbrio nas contas públicas não pode ser o desprezo a situações constituídas. Cumpre ao Estado adotar outras medidas, consideradas despesas futuras. Também não vinga o argumento extravagante de que a hipótese leva o Estado a uma condição precária e próxima à falência. Procedentes as premissas assentadas pelo Juízo, percebe-se que simplesmente prevaleceu o arcabouço normativo". (grifos nossos)

E, por fim, este, também do STF sobre o tema: Recurso Extraordinário n. 298.695/SP, relator Min. Sepúlveda Pertence, j. 6-8-2003, Pleno, publ. *DJ*, 24-10-2003, p. 12:

"EMENTA: (...) IV. Irredutibilidade de vencimentos: violação por lei cuja aplicação implicaria reduzir vencimentos já reajustados conforme a legislação anterior incidente na data a partir da qual se prescreveu a aplicabilidade

retroativa da lei nova".

VI

O § 4º do art. 41 era, até o advento da EC n. 19/98, a materialização, ou o cumprimento pela lei, da ordem constitucional expressa no § 1º do art. 30 da CF/88. Atualmente esse § 1º tem outra redação, inteiramente distinta daquela anterior, e que nada diz ao tema da isonomia, porém nem por isso se tornou inconstitucional este elogiável dispositivo, pelo qual a União se obriga a preservar a isonomia de postos de trabalho assemelhados, ainda que não mais a isso a Constituição a obrigue.

Já disséramos a esse respeito que "Isonomia, em direito, é o tratamento jurídico igualitário para situações iguais entre si, e por consequência desigual para situações desiguais entre si, na exata medida dessas desigualdades — essa a síntese do que a propósito Ruy Barbosa já ensinara, e que nunca pôde ser por ninguém aperfeiçoado.

O sentido do § 1º do art. 39 repousa, então, no seguinte mandamento, imposto à Administração para quando editar suas leis de organização do quadro de pessoal: sempre que observar a igualdade, ou mesmo a semelhança pronunciada, entre vários cargos ou empregos, seja dentro de um só Poder, seja mesmo de cargos ou empregos de um Poder comparados com os de outro Poder, sempre que a respectiva esfera de governo patentear essa igualdade precisará igualar, correspondentemente, a remuneração básica (o padrão, o valor inicial) desses postos. É como dizer: a trabalho igual corresponde salário igual, como já consta há décadas da CLT"**[42]**.

No caso da L. 8.112 não mais, bem ou mal, se fala de *emprego*; apenas *cargos* são o seu objeto de cuidado. Assim sendo, quando cada um dos Poderes da União, e sobretudo se fala do Executivo, for organizar seus quadros de pessoal, precisará necessariamente agrupar por similaridade de atribuições aqueles cargos parecidos, separando-os daqueles de atribuições diferenciadas,

para atribuir a cada grupo vencimentos equivalentes à complexidade e às exigências de suas atribuições. Tratamento igual de cargos de atribuições diversas é anti-isonômico, bem como o é o tratamento diferente de cargos com iguais ou semelhantes atribuições.

Nessa direção decidiu o STJ, interessantemente: “1. Verificada a situação de desigualdade em que se encontram os servidores-impetrantes tal em relação a ocupantes de cargos iguais ou assemelhados de outros Tribunais, portanto desigualdade entre iguais, cabe ao Poder Judiciário dirimir a questão, assegurando, em consequência, a isonomia de vencimentos. 2. A Constituição de 1988, no art. 39, § 1º, dispôs sobre a isonomia, assegurando-a, talvez, na forma constitucional, tornou-a eficaz e aplicável. 3. Segurança concedida, com efeitos patrimoniais a partir do ajuizamento da ação” (MS n. 997/DF, Corte Especial, *DJ*, 20-4-1992).

No plano da União é absolutamente irreal imaginar possam os três Poderes, gigantescos como são, compor-se previamente para se organizarem em conjunto, e desse modo observar todo o paralelismo possível entre os vários quadros de cada Poder. Isto é uma utopia absolutamente fantasiosa, sem o menor lastro de factibilidade.

Cada Poder, assim, irá organizar-se independentemente de cada outro, devendo observar apenas, para tal organização, o disposto no inc. XII do art. 37 da Constituição Federal, que fixa como tetos de vencimentos, para cargos semelhantes, aqueles percebidos pelos servidores do Poder Executivo, devendo-se considerar sempre o paralelismo que pode haver entre esses servidores e os dos demais Poderes.

Assim é que o STF já decidiu: “Ação direta de inconstitucionalidade. Delegados de Polícia. Isonomia com os vencimentos da carreira do Ministério Público. Procedência. O Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de que a iniciativa reservada ao Ministério Público para fixar os vencimentos de seus membros, não se compadece com a regra da equiparação

deles aos servidores cuja remuneração é fixada por iniciativa do Poder Executivo. Os arts. 241, 135 e 39, § 1º, da Constituição Federal, na versão anterior à Emenda Constitucional n. 19/98, não agasalham a tese da isonomia da remuneração dos Delegados de Polícia de Carreira com a dos membros do Ministério Público, pela dessemelhança entre ambas as Instituições" (ADIn n. 401-8-DF, Pleno, *DJ*, 9-10-2000).

As vantagens de natureza individual, que são aquelas também denominadas *pessoais*, bem como as relativas à natureza ou ao local de trabalho, consistentes, por exemplo, em adicionais de insalubridade ou periculosidade, ou ajudas de custo, essas *não integram* o teor da remuneração para efeito de limitar a diferenciação entre os servidores dos vários Poderes**[43]**.

É natural que assim seja, pois, se na lei existem adicionais por tempo de serviço, que são concedidos e se incorporam ao vencimento, seria anti-isonômico pagar o mesmo vencimento a quem hoje ingressa no serviço público e a quem tem trinta anos de serviço no mesmo cargo. Escapam, portanto, à limitação básica da isonomia as vantagens transitórias ou aquelas pessoais incorporadas.

Quanto a dizer que também escapam do conceito de *remuneração* — CF/88, art. 37, XI —, parece, por fim, que se forceja por demais essa conclusão, já que, apesar do sentido peculiar que a L. 8.112 dá a essa palavra, em verdade o seu sentido genericamente disseminado, mesmo em direito, jamais dependeu de definições constantes de estatutos de servidores, do nível que for. Em verdade remuneração, em bom e claro português, é *pagamento de trabalho*, diga o que disser uma eventual lei federal, ou um que outro modismo jurídico. Esses, ambos, passam, mas não o conceito clássico e tradicional de *remuneração*.

VII

O antigo parágrafo único do art. 40 foi revogado pela Lei n. 11.784, de 22-9-2008, e, em seu lugar, com redação ligeiramente diferente, a mesma lei introduziu este § 5º neste art. 41. O antigo dispositivo do art. 40 rezava que

“nenhum servidor receberá, a título de vencimento, importância inferior ao salário mínimo”. Este novo § 5º, do art. 41, fixa que nenhum servidor receberá *remuneração* inferior ao salário mínimo. Mudou a concepção, portanto.

Vencimento é o valor básico de pagamento do servidor, definido no art. 40 como a *retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei.* E remuneração, como está definida no art. 41, *é o vencimento do cargo acrescido das vantagens permanentes.* A remuneração engloba, portanto, o vencimento, e vai além dele, como já se disse.

Assim, se a forma anterior da lei garantia que nenhum vencimento seria inferior a um salário mínimo, com a alteração, procedida pela Lei n. 11.784/2008, a garantia do servidor ficou menor, pois pode ocorrer de o vencimento ser *menor que um salário mínimo*, porém a remuneração final do servidor, que é o vencimento mais as vantagens permanentes, haverá de pelo menos atingir o patamar de um salário mínimo.

De qualquer modo, neste momento a L. 8.112 tão só dá cumprimento ao disposto no inc. IV do art. 7º, combinado com o atual § 3º do art. 39, todos da Constituição Federal.

Naqueles dispositivos se estabelece que se aplica aos servidores públicos a garantia de salário mínimo, prevista no art. 7º, IV, da CF/88. Assim sendo, todo servidor público no Brasil, a partir da edição da nova Constituição, tem garantido como remuneração, pelo menos, o salário mínimo nacional unificado.

Duas ponderações são necessárias a esta altura:

a) existe um salário mínimo nacional, porém ele não mais é nacionalmente unificado, eis que alguns Estados, como São Paulo, têm não menos que *três* diferentes salários mínimos, variáveis conforme variem as categorias profissionais a que se apliquem. Não se fale mais, assim, em salário mínimo nacionalmente unificado ou único. No caso da L. 8.112 trata-se do salário mínimo nacional, não diferenciado;

b) pela forma anterior da L. 8.112, antes da Lei n. 11.784/08, garantia-se o cumprimento ao direito constitucional de “salário mínimo” aos servidores públicos federais interpretando essa expressão como referente à retribuição básica do cargo, ou seja, o vencimento inicial, “seco”, sem qualquer acréscimo. Todo acréscimo incidiria, portanto, sobre uma base mínima correspondente ao salário mínimo nacional. Após a Lei n. 11.784/08 mudou o panorama, e a leitura que a L. 8.112 passou a fazer do direito constitucional de seus servidores foi a de que a garantia de salário mínimo significa que é *o total da remuneração (vencimento mais vantagens permanentes)* que não pode ser inferior ao valor do salário mínimo, e não apenas o valor do vencimento inicial do cargo.

Isso agora significa que a lei que crie cargos federais precisará assegurar, como remuneração do menor cargo público, um salário mínimo nacional, integral. Isso significa um vencimento que, adicionado a vantagens permanentes *inatas e inseparáveis do cargo*, totalize ao menos o valor de um salário mínimo nacional. Essa é a garantia que a partir da alteração a L. 8.112 assegura aos ocupantes de seus cargos.

Já se percebe, como antes se denotava, que toda lei que crie cargo precisará nesse passo indicar-lhe o vencimento, até por força do princípio da legalidade a que se sujeita toda a atuação da Administração pública, por força do art. 37 da CF/88, e, se porventura esse vencimento for inferior ao salário mínimo, precisará também essa lei indicar que vantagens permanentes integram necessariamente a remuneração, a qual, assim integrada, jamais poderá ser menor que um salário mínimo *para a carga horária completa de trabalho*. Jornadas menores podem, naturalmente, ter a remuneração proporcional a isso — mesmo que a lei nada diga a respeito.

De resto, não se concebe, pela sistemática constitucional, que uma lei que crie cargo deixe de fixar-lhe, *pari passu*, o vencimento, o qual não poderia ficar ao alvedrio do chefe do Poder Executivo, que, por exemplo, por decreto o fixaria. Decreto atualmente não fixa vencimento de cargo algum na política

constitucional referente a servidor público no Brasil; apenas a lei pode ter o legítimo condão de fixar vencimento de cargo público, bem como, conforme se examinará, toda e qualquer vantagem pecuniária, ou mesmo de fruição, aos servidores públicos.

Esta regra vale para o Poder Executivo e para o Judiciário, aos quais a CF exige lei para a criação de cargos. Não prevalece na íntegra, lamentável e injustificavelmente, para o Poder Legislativo federal, que cria cargos por atos internos de cada Casa, simples resoluções, por autorização do art. 48, X, da CF.

Apenas se registre que, por força dos arts. 51, IV, e 52, XIII, todos da CF, cada Casa do Congresso deve ter a iniciativa *da lei* que fixe a remuneração dos cargos criados por aquelas resoluções congressuais. A legalidade estrita da despesa pública passou a dever ser observada no Congresso Nacional, desse modo, não quanto à criação dos cargos, porém apenas quanto à fixação da respectiva remuneração — o que constitui inegável evolução ante o direito constitucional anterior.

VIII

Eis agora um comentário final, que não consta de edições anteriores mas que poderia ter constado.

A L. 8.112 garante remuneração mínima, aos servidores por ela regidos, correspondente a um salário mínimo, porém na prática da administração federal é difícil atinar com a razão para que o fizesse, e menos ainda para que em maio de 2008 insistisse sobre o tema. Seria mesmo necessária a garantia na própria lei, quando a Constituição já assegura o mesmo direito ao servidor público, e não apenas ao federal?

Se pelo art. 19 da L. 8.112 a duração mínima diária do trabalho é de seis horas, talvez o dispositivo quisesse assegurar, por sobre qualquer eventual casuísmo dentro da imensa estrutura do serviço público federal, que mesmo esse servidor mereça vencimento não inferior ao salário mínimo nacional.

Ou, se se verifica o teor do § 2º daquele art. 19, observa-se que o disposto no *caput* não se aplica a servidores em jornadas especiais, que podem ser menores que trinta horas semanais.

Precisava a lei ser modificada, entretanto? Será que algum servidor federal regido pela L. 8.112 recebe, ou recebia antes de maio de 2008, menos que o mínimo nacional, quer como vencimento, quer como remuneração, mesmo que em carga semanal de 30 horas?

Sabe-se que servidores que desempenham jornadas especiais em geral são de escolaridade alta e ocupam posições equivalentemente altas no serviço público, o que se remunera com vencimentos equivalentes, daí a pergunta, que se reitera sabendo-se de tudo isso: era mesmo preciso garantir o valor do salário mínimo nacional ao servidor regido pela L. 8.112? Já não estava garantido pelas próprias circunstâncias?

Seja como for, é bastante clara a disposição, e caso por improvável hipótese venha ocasionalmente a ser pago menos que o salário mínimo como remuneração a servidor regido pela L. 8.112 e em carga horária plena, então até por mandado de segurança nos parece obtenível o direito a recebê-lo — diga o que disser a legislação do mandado de segurança, uma vez que, pela Constituição Federal, art. 5º, inc. LXIX, a legitimidade dessa via processual resta evidente para um tal fim.

> *Art. 42. Nenhum servidor poderá perceber, mensalmente, a título de remuneração, importância superior à soma dos valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, no âmbito dos respectivos Poderes, pelos Ministros de Estado, por membros do Congresso Nacional e Ministros do Supremo Tribunal Federal.*
>
> *Parágrafo único. Excluem-se do teto de remuneração as vantagens previstas nos incisos II a VII do art. 61.*

I

O *caput* deste art. 42, que ao tempo da promulgação da L. 8.112 praticou a, sempre por nós combatida, estultície de repetir a regra do inc. XI do art. 37 da Constituição — quando lei alguma, nunca, deve fazê-lo, pois que se mudar a Constituição a lei restará *ipso facto* inconstitucional, e além disso a Carta não precisa de lei que a repita para se impor naturalmente a qualquer ordenamento inferior.

Se era apenas estulto o dispositivo, entretanto neste atual momento, após não apenas uma mas *duas* alterações do inc. XI do art. 37 constitucional, procedidas como foram pelas ECs n. 19/98 e 41/03, o *caput* restou um monumento ao patético, ao risível, ao desprezível, algo como um apêndice morto que o portador insiste em carregar. Se jamais serviu objetivamente para nada, nestes dias que passam o *caput* apenas reafirma o mais absoluto desinteresse do governo federal pelo estatuto dos seus servidores, objetos como são, esses mesmos, do desprezo mais patente em toda a sua — cada dia mais triste — história.

O limite remuneratório constitucional do servidor público brasileiro já há tempo não mais é aquele expressado no *caput,* porém outro totalmente diverso, cf. EC n. 41/2003, isso após ter sido, como se disse, outro ainda, ao tempo da EC n. 19/98.

De nada serve ao direito brasileiro, como de resto não tem sido observado e nem deve ser, porque uma lei que fixe a remuneração do servidor federal em desacordo com este *caput*, porém dentro dos limites constitucionais, essa é que vale e que se impõe, e não este *cavaleiro da triste figura* do direito público, o *caput* do art. 41, abantesma que precisa ser extirpado do direito brasileiro pela mais urgente revogação que seja possível ao legislador.

II

O parágrafo único deste art. 42 expressamente excluiu do teto de remuneração, e portanto do conceito de *remuneração*, as vantagens previstas nos

incs. II a VII do art. 61, que são: gratificação natalina; adicional por tempo de serviço; adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas; adicional por serviço extraordinário; adicional noturno e adicional de férias. A L. 8.112 simplesmente estabeleceu que todos esses títulos *não integram* o conceito de remuneração, para efeito de limitá-la ao ganho dos Ministros de Estado (servidores do Executivo), Senadores (servidores do Legislativo) e Ministros do Supremo Tribunal Federal (servidores do Poder Judiciário).

Assim, se porventura algum servidor, de qualquer dos três Poderes, pela soma daquelas vantagens aos seus vencimentos, perceber importância maior que as autoridades máximas mencionadas no art. 42, a teor do parágrafo único do mesmo art. 42 estará sendo *legítima* a superação. A grande dúvida que imediatamente assoma ao espírito do intérprete é a seguinte: será constitucional esta exclusão, procedida pela L. 8.112? O conceito constitucional de remuneração é até que ponto abrangente? Tenha-se sempre presente, entretanto, o texto *atual* do inc. XI do art. 37 da Constituição, e não outro qualquer.

A resposta evidentemente será fulcrada no que se entenda por remuneração. A própria L. 8.112 a define no art. 41, mas essa definição parece até mesmo contradizer o disposto no parágrafo único do art. 42, uma vez que várias vantagens previstas nos incs. II a VII do art. 61 são obviamente permanentes, como é o adicional por tempo de serviço; e as vantagens permanentes, a teor do art. 41, integram a remuneração. Se pelo art. 41 a integram, não podem ser dela excluídas pelo parágrafo único do art. 42.

Tal contradição é evidenciada pelo art. 49, que no § 2º determina que as gratificações e os adicionais incorporam-se ao vencimento e ao provento, nos casos e condições indicados em lei. Se se incorporam são vantagens permanentes; se são vantagens permanentes, integrando a remuneração, não podem excluir-se do seu conceito constitucional, por força do parágrafo único do art. 42. E sujeitam-se, assim, ao teto constitucional e legal!

Quanto aos incs. II, IV, V, VI e VII do art. 61, trata-se realmente de

vantagens transitórias, que, ao não integrarem o conceito de remuneração, não contrariam a sistemática legal, restando lógico quanto a essas vantagens o disposto no parágrafo único do art. 42 da L. 8.112.

O Supremo Tribunal Federal já havia se pronunciado sobre o conceito de remuneração, ao menos no tocante a uma demanda que lhe foi proposta após a edição da Constituição de 1988. Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.404, acórdão do STF de 13 de setembro de 1989, que determina excluírem-se as vantagens pessoais do conceito de remuneração, para fim de se obter a exata abrangência desse conceito conforme referido no inc. XI do art. 37 da Constituição Federal**[44]**.

A parte do ganho do servidor devida às vantagens pessoais que tenha, a teor do acórdão, pode ser paga, ainda que o total dos ganhos ultrapasse o teto fixado no inc. XI do art. 37 da CF/88**[45]**. Registre-se, por outro lado, o imenso caudal de jurisprudência a respeito deste artigo, colecionado por Mauro Roberto Gomes de Mattos**[46]**, a indicar o *engulho* que o dispositivo provoca a quem tenha sangue corrente nas veias.

Tudo indica que aquela orientação jurisprudencial já existente, da mais alta corte de justiça do País, vá prevalecer, o que golpeará de morte o conceito clássico de remuneração, que até bem recentemente ao menos era considerado o conjunto final e total dos ganhos do servidor, aí computadas e integradas todas as parcelas retribuitórias da atividade profissional, tenham a natureza que tiverem, sejam ou não permanentes, sejam ou não pessoais.

Esta definição, que a L. 8.112 contraria no art. 41 bem como no parágrafo único do art. 42, era de resto a esposada pelos maiores administrativistas brasileiros**[47]**.

III

Para que se tenha ideia de quão protegida de qualquer redutibilidade é a remuneração do servidor, um só acórdão do STF é suficiente: é a ADI 1443 MC

/ CE – Ceará. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade, relator Min. Marco Aurélio, j. 6-11-1996, Pleno, publ. *DJ*, 25-4-1997. Ementa "(...) GRATIFICAÇÕES – VANTAGENS PECUNIÁRIAS – BASE DE CÁLCULO – ALTERAÇÃO NORMATIVA – SITUAÇÕES CONSTITUÍDAS. *A nova disciplina do cálculo das parcelas remuneratórias, ainda que envolvida relação jurídica do Estado-servidor, há de respeitar, sob pena de atrair a pecha de inconstitucional, as situações jurídicas constituídas sob a proteção do regramento anterior.*

VENCIMENTOS – TETO – VANTAGENS PESSOAIS. Na dicção da ilustrada maioria, em relação à qual guardo reservas, excluem-se do cômputo atinente ao teto constitucional as vantagens pessoais. Inconstitucionalidade, ao primeiro exame, de preceito de diploma local, revelador da exclusão, apenas, das parcelas: "progressão horizontal por tempo de serviço", salário-família e adicional de férias. (grifamos)

Art. 43. (Revogado pela Lei n. 9.624, de 2-4-1998.)

Art. 44. O servidor perderá:

I - a remuneração dos dias em que faltar ao serviço, sem motivo justificado; (Inciso I com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

II - a parcela de remuneração diária, proporcional aos atrasos, ausências justificadas, ressalvadas as concessões de que trata o art 97, e saídas antecipadas, salvo na hipótese de compensação de horário, até o mês subsequente ao da ocorrência, a ser estabelecida pela chefia imediata. (Inciso II com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

Parágrafo único. As faltas justificadas decorrentes de caso fortuito ou de força maior poderão ser compensadas a critério da chefia imediata, sendo assim consideradas como efetivo exercício. (Parágrafo com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

I

Este art. 44 é o equivalente ao art. 122 do antigo Estatuto dos Funcionários, a Lei n. 1.711/52. Era sensivelmente melhor o antigo dispositivo do que este na redação anterior à dada pela Lei n. 9.527/97, melhor que a original da L. 8.112.

O inc. I determina que o servidor perderá a remuneração dos dias em que faltar ao serviço sem motivo justificado. Nada pode ser mais justo: quem falta ao trabalho, sem justificar a ausência, simplesmente não deve receber pelo período em que faltou, uma vez que nenhum interesse público haveria no inverso. Como motivo justificado deve-se entender aquele que a Administração, por seus critérios mais objetivos ou menos objetivos — o ideal seria objetividade máxima neste caso, mas isso é sabidamente irrealizável, por razões sem conta —, acate como abonador da ausência.

Este inc. I desautoriza que regulamentos, ou outros atos infralegais, consignem abonos de faltas, justificação de faltas ou outras excrescências vergonhosas, muito comuns no passado e até hoje ainda existentes em algumas Administrações.

Através daqueles abonos se paga ao servidor para este faltar ao serviço, num claro atentado ao princípio da economicidade, do interesse público, da motivação, da finalidade, inscritos nas Constituições Estaduais e que bem poderiam constar da Carta Federal, bem assim o da moralidade, insculpido na Constituição Federal, art. 37, além de outros princípios de administração, ainda que não expressos em momento algum do ordenamento mas ardorosamente descritos na doutrina, como o da indisponibilidade dos interesses públicos e o da razoabilidade.

II

O inc. II deste art. 44, com a redação que lhe deu a Lei n. 9.527/97, melhorou sensivelmente com relação àquela originária. Atualmente, e em se o reescrevendo com redação um pouco mais clara, temos que o servidor perde a

parte da remuneração diária proporcional: *a*) aos atrasos; *b*) às ausências justificadas com ressalva das concessões previstas no art. 97; e *c*) às saídas antecipadas, a não ser em caso de compensação de horário até o mês seguinte ao da ocorrência.

Quer a lei significar:

a) que os atrasos são sempre descontados, proporcionalmente ao tempo respectivo com relação ao valor do dia de serviço. Não se fala nesse caso em justificativa, nem em exceção ao desconto;

b) que as ausências dentro do dia de serviço, cuja justificativa a Administração aceitou, serão descontadas — e nesse ponto não se compreende por que justificá-las, se serão descontadas —, com exceção das concessões do art. 97, que não serão descontadas e assim terão os respectivos períodos computados como de efetivo exercício; e

c) que as saídas antecipadas serão também proporcionalmente descontadas, salvo se o servidor estiver exercendo compensação de horário — paritária, no silêncio da lei — autorizada pela chefia imediata, o que poderá dar-se apenas até o fim do mês seguinte ao da saída antecipada. A política de compensação de horário poderá ser a mais vasta e abrangente possível, dentro do período acima referido, se com isso se atender o recíproco interesse do serviço público, segundo a visão das chefias envolvidas, e dos servidores.

Em caso de horário compensado, não se cuida de qualquer desconto da remuneração, bem como de acréscimo ou de diferenciação, uma vez que a compensação, em princípio e não apenas em direito administrativo mas também no direito do trabalho, pressupõe igualdade de realidades e de valores.

III

O parágrafo único deste art. 44, incluído pela Lei n. 9.527/97, prevê a possibilidade de compensação das faltas justificadas decorrentes de força maior ou caso fortuito.

Significa dizer que sempre que o servidor faltar ao trabalho e conseguir demonstrar à Administração que o fez por motivo de força maior ou caso fortuito — que são aqueles eventos naturais ou humanos aos quais o servidor não deu causa, geralmente imprevisíveis ou de difícil previsão, os quais o impedem de comparecer ao serviço, como por exemplo greve de transportes públicos, graves turbulências da ordem, fatos da natureza envolvendo o servidor —, então a chefia imediata poderá autorizar a compensação do respectivo horário, de modo a não prejudicar o servidor que não deu causa voluntária à sua própria ausência.

Dispositivo civilizado e elogiável, exige do chefe a fria análise dos motivos apresentados pelo servidor que faltou sempre que não for inequívoca a caracterização da força maior ou do caso fortuito, porém nessa hipótese não há como afastar ao menos algum subjetivismo no julgamento, enquanto pequenas "jurisprudências" locais não se consolidam pela reiteração de eventos similares.

Sobre faltas do servidor por motivo de *greve*, assim decidiu o STJ: "O direito de greve assegurado na Carta Magna aos servidores públicos, embora pendente de regulamentação (art. 37, VII), pode ser exercido, o que não importa na paralisação dos serviços sem o consequente desconto da remuneração relativa aos dias de falta ao trabalho, à míngua de norma infraconstitucional definidora do assunto. Precedentes. Recurso ordinário desprovido" (ROMS n. 15.662-PR, 6ª Turma, *DJ*, 7-4-2003).

Art. 45. Salvo por imposição legal, ou mandado judicial, nenhum desconto incidirá sobre a remuneração ou provento.

Parágrafo único. Mediante autorização do servidor, poderá haver consignação em folha de pagamento a favor de terceiros, a critério da administração e com reposição de custos, na forma definida em regulamento.

Não constitui novidade a previsão deste art. 45, *caput*, pois é tradição dos estatutos de funcionários brasileiros, e das mais meritórias, proteger e resguardar o vencimento dos servidores públicos de descontos arbitrários que poderiam sofrer, admitindo apenas aqueles legalmente instituídos ou, evidentemente, aqueles descontos impostos à Administração contra o servidor por força de ordem judicial. Neste último caso se incluem as pensões alimentícias como exemplo típico, que são deduzidas da remuneração do servidor automática e obrigatoriamente a cada pagamento pelo respectivo serviço de pessoal.

A L. 8.112 cuida de alguns descontos, como, por exemplo, aquele previsto no seu art. 249, referente a contribuições sociais (o art. 249 remete ao art. 231 da L. 8.112. Este artigo último teve seu § 2º em verdade vetado pelo Sr. Presidente da República, mas a seguir, em 8 de janeiro de 1991, a matéria de que cuidava foi objeto da Lei n. 8.162, publicada no *DOU* de 9-1-1991, da qual o art. 9º fixa contribuições mensais obrigatórias aos servidores abrangidos pela L. 8.112).

Também o provento, que é a remuneração do inativo, seja ele aposentado, seja ele servidor em disponibilidade, está protegido de quaisquer descontos, se não legalmente instituídos. É outra medida mais do que justa, absolutamente imprescindível ao sistema remuneratório de servidores — bem como de qualquer trabalhador —, sem cujo amparo poderia o servidor ver-se, vez que outra, surpreendido, ao examinar seu contracheque ou seu *hollerith*, por descontos instituídos através de atos administrativos, infralegais, o que afrontaria até mesmo ao *princípio da legalidade* que submete, por força da Constituição (art. 37), a todos os atos administrativos**[48]**.

> *Art. 46. As reposições e indenizações ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado. (Caput com redação dada pela Medida Provisória n. 2.225-45, de 4-9-2001.)*

§ 1º O valor de cada parcela não poderá ser inferior ao correspondente a 10% (dez por cento) da remuneração, provento ou pensão.

§ 2º Quando o pagamento indevido houver ocorrido no mês anterior ao do processamento da folha, a reposição será feita imediatamente, em uma única parcela.

§ 3º Na hipótese de valores recebidos em decorrência de cumprimento a decisão liminar, a tutela antecipada ou a sentença que venha a ser revogada ou rescindida, serão eles atualizados até a data da reposição.

I

Este dispositivo teve uma vez a redação modificada e ampliada pela Lei n. 9.527/97, e atualmente seu texto está dado pela Medida Provisória n. 2.225-45, de 4-9-2001.

Informa o *caput* que qualquer devolução ou ressarcimento de dinheiro aos cofres públicos por servidor ativo, aposentado ou pensionista será previamente a ele comunicada — preocupação que a forma originária da lei não continha e que é elogiável sob todo aspecto, pois assegura a quem deve o conhecimento desse fato, antes de ser cobrado ou descontado. A partir de então o pagamento deverá ser procedido em até trinta dias, caso o interessado não peça parcelamento, que a lei autoriza à Administração deferir — mas, como não informa o número máximo de parcelas, um vasto elastério passa a ser admitido.

O que não é possível compreender, em definitivo, é a previsão, ainda do *caput*, de que as indenizações e as reposições terão os valores atualizados até 30 de junho de 1994. Esse foi o último dia de circulação da moeda *cruzeiro real*, cf. Lei n. 8.880, de 27-5-1994, a qual instituiu a moeda atual, o real, na ofensiva econômica que se convencionou denominar Plano Real, que instituiu a nova unidade monetária nacional e deu início à continência da tradicional e esmagadora inflação da economia brasileira, que perdura até nossos dias.

A redação atual do dispositivo é de 4 de setembro de 2001 (MP n. 2.225-45). Nessa última data já haviam decorridos mais de sete anos do início da emissão do real. Qual seria então o interesse da MP n. 2.225, em 2001, atualizar débitos do servidor *até uma data de mais de sete anos atrás?* Existirá porventura ainda algum débito de algum servidor brasileiro, anterior a 30-6-1994 e com parcelas ainda a pagar, que precise ser atualizado até essa data?

Não poderia ser mais estranho o dispositivo — que já era estranho quando da Lei n. 9.527, a qual introduziu essa ideia, porém muito mais se foi ela repetida em 2001 —, pois talvez o seu autor ainda em 2001 imaginasse que todo débito do servidor seja referente a período anterior a 30-6-1994, contraído em cruzeiros reais, e vá ser saldado após essa data. Ao autor do dispositivo pareceu que o mundo econômico, e os valores pecuniários em questão, girassem ou pudessem girar tão só em torno dessa data última, e do plano econômico aí inaugurado, o que francamente não faz o menor sentido nem em direito nem em ciência econômica.

Terá talvez imaginado o autor que após 30-6-1994 desapareceu, ou desapareceria, por completo a inflação no País, e que reposições ou indenizações, originadas após aquilo e devidas pelo servidor à Administração, jamais voltariam a precisar ser corrigidas, após 30-6-1964?

Seja como for, assim restou o direito, e todo débito do servidor — indenização ou reposição —, originado após, e apurado posteriormente a, 30-6-1994, fica isento desta esdrúxula, insólita e incompreensível previsão de atualização, que recorda uma regra transitória perdida em meio a uma permanente, absolutamente deslocada no texto da lei e por isso tornada inteiramente anacrônica onde se situa. E tanto pior fica o caso se, como aqui, essa lei é o estatuto dos servidores.

Atualmente, mais de onze anos decorridos daquela data referida na lei, imagina-se que tenha a atualização mencionada no *caput* a eficiência de um automóvel a gasogênio, um cérebro eletrônico ou um daguerreótipo, somente

podendo ensejar a mais aguda perplexidade de quem o lê quando passa a conhecer a sua história.

II

O § 1º quase fixa que a reposição ou a indenização devida pelo servidor não poderá ser dividida em parcelas de valor inferior à décima parte da remuneração, do provento ou da pensão. Inverteu-se, em favor da Administração, o direito anterior, segundo o qual o valor da parcela não podia ultrapassar os dez por cento da remuneração e agora pode, não podendo atualmente, isto sim, ficar abaixo dos dez por cento. Apertou-se o cerco ao servidor ou pensionista devedor de reposição ou de indenização, porém de modo absolutamente justo, e que denuncia quão pródiga com relação ao erário público era a forma anterior do direito.

Assim, tanto aquelas devoluções devidas por atos dolosos ou culposos do servidor quanto aquelas devidas por erros escusáveis ou involuntários (sendo as primeiras o que a lei deve ter querido significar com *indenização*; e as segundas *reposição*, pois mesmo após a Lei n. 9.527/97 e a Medida Provisória n. 2.225-45/2001 essa dúvida não foi sanada), após terem os seus valores apurados em expediente administrativo onde precisa até mesmo ser ouvido o servidor, garantindo-se-lhe defesa, serão deduzidas automaticamente pela Administração a cada pagamento mensal.

A lei não faz menção alguma a contraditório nem a processo, porém entendemos inafastáveis tais providências, ante o direito constitucional ao contraditório para todo acusado, ou a todo cidadão prestes a ser despojado de algum direito, ou gravado de algum modo.

Quanto à atualização de valores, providência que era obrigatória pela forma originária deste art. 46, desta vez perdeu-se a L. 8.112 na redação do *caput* deste artigo quando menciona a data, e que já, tristemente, foi comentada. Mas o importante neste contexto é que com tudo isso não mais se vislumbra, na atual

redação deste art. 46, qualquer autorização para atualização dos valores devidos pelo servidor por ocasião de indenizações e de reposições que deva — sem prejuízo do disposto no § 3º, no qual efetivamente aparece a figura da atualização.

Pelo § 2º, entretanto, a reposição de valor indevidamente pago ao servidor no mês anterior ao da respectiva competência deve ser procedida de uma só vez, e aqui o motivo é claro, pois, sendo recente o pagamento indevido a maior, supôs a lei que o servidor deve ainda dispor de recursos com que o devolver à Administração de imediato, sem necessidade de parcelamento.

O § 3º do artigo estabelece que valores recebidos pelo servidor por força de decisões judiciais liminares — que depois venham a ser revogadas, e isso a lei não teve o cuidado de esclarecer com todas as letras, como deveria —, assim como por decisões de mérito que também terminem sendo reformadas, deverão ser atualizadas na sua reposição em favor da Administração. O índice, fator ou critério de atualização nem de longe foi aqui ventilado, o que permite ampla negociação entre as partes quando da reposição, mas toda mera atualização de valor, tendente a tão só repor a corrosão inflacionária, é em princípio justa e necessária, a favor ou contra quem quer que seja, de modo que o dispositivo é meritório por zeloso com o erário, como não o foi o anterior § 1º.

Art. 47. O servidor em débito com o erário, que for demitido, exonerado, ou que tiver sua aposentadoria ou disponibilidade cassada, terá o prazo de 60 (sessenta) dias para quitar o débito. (Artigo com redação dada pela Medida Provisória n. 2.225-45, de 4-9-2001.)

Parágrafo único. A não quitação do débito no prazo previsto implicará sua inscrição em dívida ativa.

Esta redação, muito curiosamente, é a *originária da L. 8.112*, em boa hora restaurada que foi pela Medida Provisória n. 2.225-45, de 4-9-2001, contra a

alteração que a Lei n. 9.527/97 lhe dera. De lastimar, apenas, é que aquela MP não tenha restaurado ao menos noventa por cento do *estrago* que a aproximadamente asquerosa, pestilencial e nauseabunda Lei n. 9.527/97, mero folguedo de amadores e divertimento de alegres legisladores como se revelou, provocou na L. 8.112. Aquela verdadeira praga do Egito, com todo efeito, não mereceria nem merece outro destino.

Ao servidor que deva importância ao erário conforme devidamente apurado em expediente administrativo, e o qual venha a ser desligado do serviço público quer por demissão, quer por exoneração, quer ainda por cassação da aposentadoria ou da disponibilidade, este servidor, dentro de sessenta dias do ato de desligamento da situação ativa ou inativa, precisará saldar totalmente o débito que ainda mantenha junto à Administração.

Poderá fazê-lo antes desse prazo, como, por exemplo, na hipótese de ser demitido quando lhe era deduzida a nona parcela da importância devida; nesse caso, em mais trinta dias a Administração deduzirá a parcela restante, e portanto não será utilizado todo o prazo máximo, de sessenta dias, que é razoável em situação diversa.

Dispõe o parágrafo único que, se não quitado naqueles dois meses previstos no *caput*, será inscrita em dívida ativa a importância devida e não paga. Dívida ativa é a relação dos créditos da fazenda pública, proveniente de obrigação legal não cumprida pelo devedor no prazo correspondente, conforme definição da Lei n. 4.320/64, art. 39 e seus parágrafos.

Uma vez inscrita, a obrigação não cumprida, na dívida ativa, fica a Fazenda Pública autorizada a executá-la, em competente ação judicial fundada na Lei n. 6.830, de 22-9-1980, a lei das execuções fiscais, e subsidiariamente no CPC.

Mas Mauro Roberto Gomes de Mattos, arrolando decisão do STF, sobre isto assevera:

“Ainda assim, o direito à exoneração não poderá ser condicionado ao pagamento do débito do servidor, conforme transcorre de decisão do TRF-2ª

Região: ‘Mandado de segurança. Servidor público. Pedido de exoneração. Existência de débito para com a administração. Art. 47 da Lei n. 8.112/90. 1. O direito à exoneração está garantido pelo art. 34 da Lei n. 8.112/90, tratando-se de direito subjetivo material que se considera potestativo e que, portanto, é incondicional. 2. Já o art. 47 da Lei n. 8.112/90 estabelece que o servidor exonerado, em débito com a Administração, terá 60 dias para a sua quitação, sob pena de inscrição em dívida ativa. 3. Portanto, o direito à exoneração não pode ser negado pelo fato de a Universidade pretender cobrar débito existente. A indenização deverá ser objeto de cobrança pelas vias próprias. 4. Recurso e remessa improvidos. Sentença confirmada’ (TRF-2ª Reg., Rel. Juíza Fed. Conv. Valéria Albuquerque, MS n. 22.634 (98.02234958/ES), 4ª T., *DJ*, 21-5-2003, p. 119)”**[49]**.

> *Art. 48. O vencimento, a remuneração e o provento não serão objeto de arresto, sequestro ou penhora, exceto nos casos de prestação de alimentos resultante de decisão judicial.*

Nem o vencimento, que é definido no art. 40, nem a remuneração do servidor, definida no art. 41, nem o provento do aposentado ou do servidor posto em disponibilidade poderão ser arrestados, sequestrados ou penhorados, salvo nos casos de prestação de alimentos, devidos por expressa decisão judicial. Tal significa que nenhum daqueles títulos remuneratórios pode ser objeto de *arresto*, que é, na definição de José Náufel**[50]**, a apreensão judicial do objeto do litígio ou de bens do devedor, necessários à garantia da dívida líquida e certa cuja cobrança se promove ou se vai promover em juízo.

Também não pode ser objeto de *sequestro*, que é, segundo o mesmo autor, o procedimento cautelar específico de *apreensão e depósito de bens móveis, semoventes ou imóveis, ou de frutos e seus rendimentos*, sendo sempre determinado o bem, para garantia do credor.

Não pode, por fim, ser objeto de *penhora*, que é a apreensão, procedida pela Justiça, em razão de expresso mandato judicial, dos bens do devedor executado, que sejam suficientes para garantir a execução.

Nesse mesmo sentido já decidiu o TRF-1ª Região: "I. Bloqueio de vencimentos de servidor público não se insere no elenco de penalidades previstas no art. 127, da Lei n. 8.112/90. II. Vencimentos de servidor público têm caráter alimentar e por isso não podem ser objeto de penhora, arresto, ou sequestro (arts. 649, IV, 821 e 823 do CPC), tanto menos de bloqueio pela administração. III. Embora responda civil, penal e administrativamente pelos ilícitos que praticar o servidor público no exercício de suas funções, a apuração desses ilícitos e imposição das punições cabíveis hão de ser processadas com observância à garantia constitucional da ampla defesa, insculpida no art. 5º, LV, da Constituição Federal, consubstanciada no devido processo legal (*due process of law*) de prática universal nos estados de Direito, sem o que, nulo será o ato punitivo ou o julgamento condenatório" (REO n. 94.01.35501-0-RO, 2ª Turma, *DJ*, 17-12-1999).

No mesmo sentido, v. TRF-5ª Região, AI n. 20.644, 1ª Turma, *DJ*, 24-4-2003.

Qualquer das três modalidades de cerceamento ou de restrição da propriedade do vencimento, da remuneração ou do provento, constantes do artigo, é expressamente proibida pela L. 8.112, e tal foi previsto para garantir ao servidor, salvo em caso de ele dever alimentos a algum dependente por expressa decisão judicial, a sua livre fruição; vale dizer: para que o servidor, ativo ou inativo, seja efetivamente proprietário do seu vencimento, da sua remuneração ou do seu provento, observada apenas a exceção figurante da lei.

O art. 48 desautoriza, dessa forma, que a Justiça determine arresto, sequestro ou penhora sobre vencimento, remuneração ou provento de servidor, constituindo-se esta em norma eminentemente processual, ainda que de aplicação circunscrita aos servidores públicos federais regidos pela L. 8.112, por

isso evidentemente não possuindo caráter generalizado a todo cidadão, como se fora regra do Código de Processo.

Trata-se de norma específica para o servidor federal, restrita ao seu exclusivo âmbito, e que nem sequer poderá ser imitada nos estatutos estaduais e municipais de servidores, por ser de natureza processual e portanto de alçada exclusivamente federal.

Capítulo II

DAS VANTAGENS

Art. 49. Além do vencimento, poderão ser pagas ao servidor as seguintes vantagens:

I - indenizações;

II - gratificações;

III - adicionais.

§ 1º As indenizações não se incorporam ao vencimento ou provento para qualquer efeito.

§ 2º As gratificações e os adicionais incorporam-se ao vencimento ou provento, nos casos e condições indicados em lei.

I

Elenca este artigo os três tipos, ou espécies, possíveis de vantagens, existentes na L. 8.112, que poderão ser pagas ao servidor: são as indenizações, as gratificações e os adicionais.

Já dissemos, em nota de rodapé anterior, que o excelente magistério de Hely Lopes Meirelles parecia desatualizado, em face da L. 8.112, quando deixava de incluir também as indenizações como vantagens aos servidores; agora é preciso dizer ainda mais. O mesmo autor, em atenta nota de rodapé**[51]**, denuncia que os estatutos de servidores com frequência confundem gratificações com adicionais,

não atentando à diferença que a melhor doutrina indica existir entre esses dois títulos.

O fato é que a L. 8.112 constitui talvez o mais acabado exemplo de norma que confunde adicionais com gratificações. Mais do que isso, propositadamente trata os dois títulos em conjunto, em sequência generalizante, como se a diferença fosse apenas de nome e não de essência ou natureza.

Com todo efeito, pode-se autorizadamente afirmar que, para a L. 8.112, gratificação não é adicional apenas porque a lei não quis, sendo verdadeira a recíproca. A diferença no caso é puramente convencional, de ordem institucional, estatuída ou decretada, mas não de ordem técnica, científica ou mais atenta à natureza ou à essência de cada um dos institutos, gratificação e adicional. As gratificações só têm esta denominação, nesta L. 8.112, porque ela assim despreocupada e arbitrariamente o quis, e o mesmo se diga dos adicionais.

Assim de fato é, já que o art. 61 obriga a esta conclusão ao tratar de um só golpe, sem separação, as gratificações e os adicionais. Não tem maior sentido, desse modo, procurar uma definição fora dos estritos termos da L. 8.112, que simplesmente enumera e disciplina a concessão de algumas gratificações e de alguns adicionais ao servidor que abrange.

II

Os §§ 1º e 2º do art. 49 ventilam o assunto da incorporação, ao vencimento e aos proventos, de vantagens previstas no *caput*. Determinam que as indenizações não se incorporam ao vencimento ou provento, e que as gratificações e os adicionais sim, porém ressalvando: nos casos e condições indicados em lei.

É impressionante a indecisão do legislador nesta infeliz ressalva, pois, se a L. 8.112 indica quais são as possíveis vantagens do servidor federal; se indica como se processa cada uma delas e em que condição é paga; se dispõe substantivamente, disciplinando cada qual, é evidente que apenas a própria L.

8.112 é que, a cada caso, deve indicar se cada vantagem se incorpora ou se não se incorpora. Correto e lógico seria a ressalva remeter aos casos e condições indicados “nesta lei”, e não genericamente “em lei”, pois, considerado o acima afirmado, lei que dispuser diferentemente da L. 8.112 quanto a vantagens e sua incorporação estará, tendo querido esse efeito ou não, revogando a L. 8.112 nessa parte.

Extrai-se de certo que *jamais* qualquer das indenizações previstas no art. 51 se incorporam ao vencimento, para nenhum efeito, vale dizer: todos os cálculos, para a finalidade que for, os quais tenham como base de cálculo ou patamar de vencimento do servidor, não poderão basear-se nas indenizações que eventualmente tenha recebido no mês, já que estas não se incorporam, cf. art. 49, § 1º.

Quanto às gratificações e aos adicionais, a péssima técnica da L. 8.112 permite concluir o seguinte: alguns adicionais *incorporam-se* ao vencimento por força da L. 8.112; outros adicionais *não se incorporam* ao vencimento, também por força da L. 8.112; outros adicionais e gratificações ainda *incorporam-se ou não* ao vencimento, não em razão da L. 8.112 (que sobre isso é silente), mas por força de outras leis! Acredite-se!

Desnecessário enfatizar que apenas uma lei, em sentido formal e estrito, pode fixar a incorporabilidade de vantagens a vencimentos, por imposição constitucional diretamente extraída do art. 37, *caput*: o princípio da legalidade da atuação da Administração e, principalmente, da despesa pública.

Nesse sentido da necessidade de que lei estabeleça os casos de incorporabilidade, já decidiu o TRF-1ª Região: “Portanto, na falta de previsão legal, não podem ser incluídas nos proventos de aposentadoria, horas extras, bem como adicional noturno cumpridos pelo funcionário estatutário, quando em atividade” (AC n. 95.01.14882-3-BA, 1ª Turma, *DJ*, 20-3-2000).

Registre-se, por fim, que, se as vantagens são *pagas*, apenas pecuniárias podem ser, ou seja, em dinheiro. Não existem vantagens em gênero ou em

espécie, ou em outro bem, ou valor potencial, que não dinheiro.

Art. 50. As vantagens pecuniárias não serão computadas, nem acumuladas, para efeito de concessão de quaisquer outros acréscimos pecuniários ulteriores, sob o mesmo título ou idêntico fundamento.

I

Aqui o legislador praticamente copiou o inc. XIV do art. 37 da Constituição Federal, vertendo-o para o plano da L. 8.112. Se em 1990 tal atitude já era pouco inteligente — porque a Constituição não demanda lei que a repita —, atualmente, após algumas dezenas de emendas constitucionais que a todo o tempo alteram a redação originária da Carta, o quadro é de genuíno desastre.

Atualmente a redação constitucional sobre este tema, dada pela EC n. 19, de 4-6-1998, ao inc. XIV do art. 37 da Carta, é a de que *os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores.* Mudou significativamente a regra constitucional que a L. 8.112 estultamente repetiu na forma constitucional originária.

Sobre isso e nesse sentido decidiu o STF: "Contagem sucessiva de parcelas de remuneração, ou seja, influência recíproca de uma sobre as outras, de sorte que seja a mesma gratificação incorporada ao estipêndio do servidor, para vir a integrar, em subsequente operação, a sua própria base de cálculo. Sistema incompatível com o disposto no art. 37, XIV, da Constituição Federal, por isso contrariado pelo acórdão recorrido" (RE n. 130.960-1-SP, 1ª Turma, *DJ*, 8-3-1996).

Quis a L. 8.112 fazer valer para o âmbito do funcionalismo federal a regra constitucional — como se ela já não valesse —, daí, amadoristicamente, a transcreveu. Passados oito anos, mudou a Constituição mas não a L. 8.112, de

modo que hoje a Carta diz uma coisa e a L. 8.112 diz outra.

Apenas pela lei, quer o artigo significar que não pode a Administração permitir a cumulação de vantagens sob mesmo título ou fundamento, vale dizer: está proibida de atribuir uma vantagem cujo fundamento já tenha servido para atribuição de vantagem anterior (p. ex., um adicional por tempo de serviço calculado sobre outro adicional por tempo de serviço).

Não deixava de ser estranha a redação originária da própria Constituição, aqui copiada pela L. 8.112 e que atualmente se alterou como visto; sim, porque, uma vez que uma vantagem anterior não é computada, significa dizer que ela é desprezada; se é desprezada, qualquer outra vantagem idêntica, agora concedida, não pode ser categorizada como acumulada. Somente existirá acumulação de vantagens se a primeira tiver sido computada e a segunda também, já que o que não é computado não existe para o cálculo, e por isso não pode ser acumulado.

Pareciam contradizer-se, dessa forma, os dois adjetivos “computadas” e “acumuladas”, mas semelhante ideia não desnatura o claro propósito da L. 8.112, que é simplesmente o de proibir a existência de vantagem calculada sobre vantagem semelhante, ou criada para premiar o mesmo motivo.

A conhecida e odiada figura do *marajá* do serviço público foi resultante exatamente da cumulação de vantagens sobre mesmo título ou idêntico fundamento, manobra que no final multiplica o valor do vencimento originário às vezes por fator elevado, fazendo discrepar inteiramente a remuneração de um servidor perante a de outros da mesma categoria. Tal evidente imoralidade, que muitas legislações de encomenda possibilitaram no passado, estão *ainda hoje, mesmo com a Carta dizendo um pouco diverso,* coibidas por este art. 50.

Mas algo mais, atualmente, precisa ser dito.

II

Acontece que, como visto, a Constituição mudou, e para mais apertada com relação aos direitos do servidor.

Com efeito, se anteriormente à EC n. 19/98 apenas não se podiam acumular acréscimos *sob mesmo título ou idêntico fundamento*, o quadro hoje é mais duro, pois todo e qualquer acréscimo à remuneração de servidor público, sob o título ou o fundamento que for, não poderá ser cumulado com qualquer outro. Assim, e exemplificando desde já, se um adicional por tempo de serviço é uma vez concedido, então a parcela seguinte desse mesmo adicional não poderá incidir sobre a base já alterada pelo primeiro, mas apenas sobre a base originária, primitiva, inalterada, inicial do cargo, e assim até a última parcela devida.

Não é mais, portanto, apenas *sob o mesmo título e idêntico fundamento* que não se podem cumular acréscimos, mas sob qualquer título ou fundamento, do modo mais amplo e generalizado que se conceba — isso foi o que quis a Constituição, na Emenda n. 19/98.

E a L. 8.112, ao se restringir neste art. 50 apenas à anterior e mais concessiva vedação às acumulações, anteriores à redação, do inc. XIV do art. 37 constitucional, anterior à que lhe deu a EC n. 19/98, fatalmente pode conduzir a acumulações inconstitucionais de valores, e esse deve ser o limite à aplicabilidade deste art. 50 em favor do servidor, tudo a exigir particular atenção e cuidado das unidades de pessoal do serviço público federal.

III

Derivando agora do caso concreto para a teoria das incorporações, temos que, quando a lei menciona *incorporação ao vencimento*, está prevendo modificação definitiva desse mesmo vencimento, alteração ou transformação do antigo vencimento para um patamar diferente daquele originariamente fixado na lei que o estabeleceu. Vencimento incorporado a alguma vantagem passa a ser, portanto, *outro vencimento, maior, para qualquer efeito*, que aquele originário.

Se uma lei incorpora algo ao vencimento transformado em definitivo, gerando direito adquirido ao servidor respectivo à sua manutenção, em face até mesmo da mudança da lei que o fez incorporar, os demonstrativos de

pagamentos (*holleriths* ou contracheques) dos servidores que tiveram o vencimento incorporado a alguma vantagem devem, ao indicar o vencimento, fazê-lo pelo valor transformado, maior que o originário, e nunca desmembrá-lo neste valor e na parcela que, por lei, se lhe incorporou, como é vício comum no serviço público.

A lei incorpora vantagens exatamente por esta razão: para que nenhum documento ou ato posterior à incorporação, nem mesmo outra lei, desincorpore o que a lei incorporou. É evidente que assentamento individual do servidor, a cada mês ou a cada mudança de remuneração, indicará a nova composição dos ganhos do mesmo servidor. O demonstrativo de pagamento, entretanto, ou qualquer atestado ou certidão da Administração relativo ao vencimento do servidor, não é o momento adequado para separar o que lei anterior incorporou. Quer-se dizer que, se o vencimento era de dez, após a incorporação transformou-se em onze, e jamais a Administração, posteriormente à incorporação, poderá referir-se a esse vencimento como sendo de dez mais um.

A observância desta regra produz os mais extraordinariamente importantes efeitos em toda a vida do servidor na sua atuação diária com a Administração, e mesmo para os fins de aposentadoria e passagem para a disponibilidade.

Seção I

DAS INDENIZAÇÕES

Art. 51. Constituem indenizações ao servidor:

I - ajuda de custo;

II - diárias;

III - transporte;

IV - auxílio-moradia. (Inciso IV acrescentado pela Lei n. 11.355, de 19-10-2006.)

Este artigo enuncia o rol das indenizações que podem ser devidas ao servidor sujeito ao regime da L. 8.112. São quatro: ajuda de custo, diárias, indenizações de transporte e auxílio-moradia. Trata-se de outro rol exaustivo da L. 8.112, que não admite ampliações. Assim, nenhuma outra espécie ou modalidade de indenização pode ser paga ao servidor federal.

A ajuda de custo vem disciplinada nos arts. 53 a 57; as diárias, nos arts. 58 a 59; a indenização de transporte, no art. 60, e o auxílio-moradia, nos arts. 60-A a 60-E. Observar-se-á que as quatro indenizações são dependentes diretamente de regulamento, por força dos arts. 53 a 60-E da L. 8.112. Muito pouco a lei dispôs sobre essas quatro indenizações, sobretudo aquela referente a transportes.

O grande mérito da L. 8.112 foi separar em categorias distintas as várias possíveis vantagens aos servidores, evitando quanto possível baralhamentos de títulos diversos, ou, categorizações dúbias e incertas, as quais, caso acontecessem, poderiam ensejar os piores efeitos junto ao serviço de pessoal, quanto ao pagamento que se efetuasse aos servidores. Este apontado mérito da lei, entretanto, não a redime da pouca técnica que empregou ao categorizar como vantagem as indenizações.

Com efeito, uma indenização apenas cobre danos ou prejuízos havidos, e por isso não tem natureza de vantagem, que é sempre um *acréscimo* ao vencimento, um aditivo, algo que o aumenta. Indenizações apenas repõem o valor real da remuneração, restaurando prejuízos havidos pelo servidor; daí a deficiente técnica ao enquadrá-las como uma espécie de vantagem.

O DRH da Secretaria de Administração Federal expediu, publicada em 7-1-1991, a Orientação Normativa n. 48, no sentido de que não se deve pagar, a partir da publicação da L. 8.112, o ressarcimento aos servidores das despesas decorrentes de locomoção, conforme previsto no Decreto n. 99.632, de 19-10-1990. É evidente a justificativa da Orientação: a nova lei, disciplinando de forma diversa o mesmo assunto de que tratava o decreto, naturalmente o revoga, ensejando a correta manifestação do órgão federal de pessoal.

> *Art. 52. Os valores das indenizações estabelecidas nos incisos I a III do art. 51 desta Lei, assim como as condições para a sua concessão, serão estabelecidos em regulamento. (Redação dada pela Lei n. 11.355, de 19-10-2006.)*

Aqui se verifica, conforme afirmado, que a fixação dos valores das indenizações objeto do art. 51 depende essencialmente do que dispuser regulamento específico.

Os arts. 53 a 60 voltam a remeter o aplicador da L. 8.112 a regulamentos, nos quais se especifique melhor, com minúcia maior, o modo de pagamento das indenizações. Tal atitude, sem embargo da dificuldade que uma lei teria para fixar valores para indenizações, arranha, ainda que ligeiramente, o princípio da legalidade da despesa pública, insculpido na Constituição Federal, art. 37. Pelo princípio da legalidade quis o constituinte obrigar ao administrador que fixasse, em ato não inferior à lei em sentido formal, o valor de qualquer despesa pública, sobretudo aquelas permanentemente efetuadas com os servidores públicos.

É algo temerário deixar à conta de um simples decreto, ou, no caso das autarquias e das fundações, a atos ainda menores que o decreto, a fixação do valor e do critério de pagamento de indenizações a servidores públicos. O princípio da legalidade quis resguardar exatamente a necessária participação do Congresso Nacional na fixação de despesas permanentes da Administração, como é o caso exato das vantagens deferidas aos servidores públicos.

De qualquer modo, o princípio da legalidade está talvez suficientemente observado no caso presente, pela só delegação que a L. 8.112 fez a regulamentos, para que estes fixem o valor das indenizações. Qualquer regulamento existente, entretanto, precisará evidentemente observar como mínimos os parâmetros fixados nos arts. 53 a 60 da L. 8.112.

Foi expedida a Orientação Normativa n. 46, da Secretaria da Administração Federal: trata-se da indenização de férias. Isto não significa em absoluto que

exista uma quarta modalidade de indenização para o servidor federal, no corpo da L. 8.112. Acontece apenas que, destinando-se a Orientação a casos transitórios, refere-se a servidores aposentados já sob os efeitos da L. 8.112, e indica que esses não têm direito à indenização de férias.

Essa indenização diz respeito a férias não gozadas quer por falta de requerimento, quer por denegação da Administração, por necessidade de serviço. Não podendo ser pagas como férias normais, principalmente porque o servidor a que se refere a Orientação Normativa já está aposentado, exonerado ou demitido, só poderiam ser, em qualquer caso, indenizadas.

Subseção I

Da Ajuda de Custo

Art. 53. A ajuda de custo destina-se a compensar as despesas de instalação do servidor que, no interesse do serviço, passar a ter exercício em nova sede, com mudança de domicílio em caráter permanente, vedado o duplo pagamento de indenização, a qualquer tempo, no caso de o cônjuge ou companheiro que detenha também a condição de servidor, vier a ter exercício na mesma sede. (Caput com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

§ 1º Correm por conta da administração as despesas de transporte do servidor e de sua família, compreendendo passagem, bagagem e bens pessoais.

§ 2º À família do servidor que falecer na nova sede são assegurados ajuda de custo e transporte para a localidade de origem, dentro do prazo de 1 (um) ano, contado do óbito.

Ajuda de custo é a espécie de indenização destinada exclusivamente a ressarcir as despesas de instalação do servidor, sempre que este passe a ter exercício em sede nova, que implique mudança definitiva de domicílio. Essa

mudança há de ser sempre no interesse do serviço, ou seja, precisa estar justificado no expediente respectivo o interesse público na mudança de sede de prestação de serviço pelo servidor.

A Lei n. 9.527/97 acresceu ao *caput* a proibição de se pagar dupla ajuda de custo no caso de o cônjuge ou companheiro(a), também servidor regido pela L. 8.112, passar a ter exercício na mesma cidade em que serve o cônjuge que já recebe ajuda de custo, o que é compreensível considerando a natureza dessa indenização, que colhe todo o conjunto familiar, não se justificando o duplo pagamento se o fato gerador se resume um só na família dos servidores.

A palavra *instalação*, constante do *caput*, não dá ideia precisa do objeto da ajuda de custo, mas o § 1º do artigo esclarece que a indenização cobre o transporte do servidor e de sua família, aí compreendida a passagem, pelo meio que for, e o custeio do transporte da bagagem e dos bens pessoais do servidor e de seus familiares. Desde logo é preciso ter bastante clara a distinção entre a ajuda de custo e a indenização de transporte, focada no art. 60: uma cobre a passagem e o transporte de bagagem; a outra indeniza o uso do meio próprio de locomoção. São, portanto, inteiramente distintas as indenizações previstas nos arts. 53 a 60.

Não está vinculada a concessão da ajuda de custo especificamente a nenhuma modalidade de provimento de cargo, devendo-se entendê-la aplicável a todas aquelas que exijam a mudança definitiva do domicílio do servidor. O § 2º fixa que, caso o servidor que recebeu ajuda de custo venha a falecer quando já na nova sede de trabalho, outra vez a Administração assegura a ajuda de custo, e também indenização de transporte, desta vez para seus dependentes remanescentes que desejem voltar à localidade de origem, dentro de um ano contado do óbito.

Esta segunda concessão será procedida, naturalmente, se a pedido da família, uma vez que esta pode não desejar retornar ao antigo domicílio, pelas mais variadas razões referentes à sua adaptação ao novo local. Não importa, por outro

lado, o tempo decorrido entre a primeira mudança do servidor e o seu falecimento; a qualquer tempo, ocorrendo o óbito, pode a família requerer ajuda de custo e indenização de transporte para retornar à antiga sede, ficando a Administração obrigada a, no prazo máximo de um ano, desejavelmente muito menos, concedê-la.

Sobre isso decidiu o STJ: "1. Em tendo sido as impetrantes enquadradas no Regime Jurídico Único instituído pela Lei n. 8.112/90 (cf. MS n. 4.811/DF, da minha Relatoria, *in DJ*, 19.2.2001), os seus deslocamentos só poderiam se dar nos estritos termos do artigo 36 da Lei n. 8.112/90, que determina a necessidade de motivação do ato administrativo de remoção. Precedente. 2. Ademais, 'Correm por conta da administração as despesas de transporte do servidor e de sua família, compreendendo passagem, bagagem e bens pessoais' (art. 53, § 1º, da Lei n. 8.112/90), do que também resulta a ilegalidade do ato impugnado. 3. Ordem concedida" (MS n. 8.383-DF, 3ª Seção, *DJ*, 19-12-2003).

Art. 54. A ajuda de custo é calculada sobre a remuneração do servidor, conforme se dispuser em regulamento, não podendo exceder a importância correspondente a 3 (três) meses.

Calcula-se o valor da ajuda de custo com base na remuneração do servidor, o que é conceito dado pela L. 8.112 em seu art. 41. Um regulamento é que deverá fixar condições para cálculo da ajuda de custo, por expressa delegação deste art. 54.

A única limitação expressa que a lei impôs ao valor da ajuda de custo é que não poderá exceder ao total de remuneração equivalente a três meses de trabalho do servidor respectivo. Outra vez se poderá talvez considerar algo arranhado o princípio da legalidade de despesa pública, da CF/88, art. 37, segundo o qual a lei é que deveria dar, ao menos, parâmetros iniciais de fixação de valores, referentemente a vantagens dos servidores. Se entretanto o regulamento a que se

refere o artigo contiver generalidade suficientemente ampla, parece resguardado o respeito ao princípio mencionado, até mesmo por ser conhecida a dificuldade, de ordem técnica, na fixação definitiva, por lei, de valor de ajuda de custo.

Assim deliberou sobre a natureza da ajuda de custo o STJ: "1. Nos termos do art. 53 da Lei n. 8.112/90 a ajuda de custo nada mais é do que uma compensação pelas despesas efetuadas pelo servidor, quando de sua mudança de domicílio, no interesse do serviço, não sendo crível, pois, adotar-se, para o seu cálculo, a remuneração atual percebida, cujo valor não guarda nenhuma relação com o fato da remoção, acontecido, na espécie, no início da década de noventa. Deve-se ter em conta, pois, o valor da época do ato, porquanto, somente assim, estar-se-á dando validade ao art. 54 da Lei n. 8.112/90. 2. Recurso conhecido e provido" (REsp n. 364.373-AL, 6ª Turma, *DJ*, 25-3-2002).

Art. 55. Não será concedida ajuda de custo ao servidor que se afastar do cargo, ou reassumi-lo, em virtude de mandato eletivo.

Este artigo veda expressamente a concessão de ajuda de custo a servidor que se afaste do cargo ou reassuma cargo em virtude de ter sido eleito para mandato eletivo. Significa que, sendo eleito Vereador, Deputado, Senador, Prefeito, Governador ou Presidente da República, ou vice-chefe do Executivo de todo nível, quando o servidor precisar afastar-se de seu cargo, ou ao reassumi-lo, nesses casos não receberá aquela indenização destinada a ressarcir-lhe as despesas de instalação, seja a ajuda de custo.

A ressalva na lei se explica em razão de que, em princípio, não existe imediato interesse do serviço público no afastamento do servidor para cumprir mandato eletivo. Não existindo esse "interesse do serviço público", não se aplica a regra prevista no *caput* do art. 53, que enfatiza a necessidade de se o justificar a cada caso de concessão da ajuda de custo.

Art. 56. Será concedida ajuda de custo àquele que, não sendo servidor da União, for nomeado para cargo em comissão, com mudança de domicílio.

Parágrafo único. No afastamento previsto no inciso I do art. 93, a ajuda de custo será paga pelo órgão cessionário, quando cabível.

Aqui se fixa que será concedida ajuda de custo àquele cidadão, não servidor da União, que venha a ser, após convidado, nomeado para cargo em comissão regido pela L. 8.112, desde que o desempenho desse cargo exija a mudança de domicílio do servidor.

Trata-se de hipótese como a do cidadão gaúcho convidado a ocupar qualquer cargo em comissão em Estado do Nordeste, ou do cidadão paraibano convidado para cargo em comissão em Santa Catarina. É evidente que tal distância, que pode ser evidentemente menor que a dos exemplos, entre o domicílio do cidadão e a sede de trabalho do cargo para o qual foi convidado, exigir-lhe-á na maioria das vezes mudança, definitiva ou ao menos enquanto durar a nomeação em comissão, de domicílio. Sempre que exija, para esses casos a L. 8.112 fixou-lhe o direito à ajuda de custo, em valor a ser fixado na forma do art. 54.

O parágrafo único do art. 56 remete ao inc. I do art. 93, que cuida da hipótese de o servidor ser cedido para ter exercício em outro órgão ou outra entidade dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, onde desempenhará cargo em comissão ou função em confiança. Nesta hipótese, que é uma exceção à regra do *caput* do art. 56, a ajuda de custo não será paga pelo órgão ou entidade de origem do servidor, mas pelo órgão que o recebe, ou seja, o órgão cessionário.

Isso significa apenas que a L. 8.112 proíbe, nesta hipótese, ao órgão de origem do servidor conceder-lhe ajuda de custo; não está naturalmente obrigando a que outro órgão ou entidade a pague ao servidor; pagá-la-á somente quando assim dispuserem seus atos competentes de administração de pessoal.

Deliberou nesse sentido o TRF-5ª Região: “1. A orientação da jurisprudência dos tribunais superiores é no sentido de que, sem a ocorrência de evento administrativo (ato ou fato) que caracterize de forma inequívoca a negativa de atendimento a pleito de servidor, não se dá por iniciado o lapso prescricional do chamado fundo de direito (STF, RREE n. 80.331-9-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho, *DJU* 17-12-1982; n. 101.082-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho, *DJU* 31-8-1984; STJ, REsp n. 8.762-0-SP, Rel. Min. César Rocha, *DJU*, 23.11.1992). 2. É norma tradicional nos domínios do direito administrativo brasileiro que o servidor que exerce atividade fora da sua sede funcional faz jus à percepção de diárias (arts. 132 e 135 da Lei n. 1.711/52), bem como à percepção de ajuda de custo, quando é removido (arts. 127 e 128 da Lei n. 1.711/52), sendo desinfluente o fato de a movimentação se dar a pedido, uma vez que a sua motivação será sempre o interesse público” (AC n. 99.05.03330-0, 1ª Turma, *DJ*, 1-10-1999).

Art. 57. O servidor ficará obrigado a restituir a ajuda de custo quando, injustificadamente, não se apresentar na nova sede no prazo de 30 (trinta) dias.

Quando o servidor, tendo recebido ajuda de custo, deixar de se apresentar na sua nova sede de trabalho, em cuja localidade deveria ter-se instalado, sem justificativa, por prazo superior a trinta dias, precisará devolver a ajuda de custo recebida, ao mesmo órgão ou entidade que a pagou.

Tal imposição, que não se refere a qualquer modalidade de correção monetária, justifica-se em razão da suposição, feita pela lei, de que o prazo de um mês é suficiente para o servidor completar seu deslocamento até a nova sede de trabalho. Revelando-se insuficiente por razões ponderáveis, deverá o servidor alegá-las à Administração, ao órgão de que fazia parte e do qual recebeu a ajuda de custo, para dele solicitar (e não requerer) prorrogação daquele prazo mensal.

O deferimento desse pedido dependerá naturalmente da anuência do órgão a que pertencia o servidor, que julgará a plausibilidade das razões apresentadas.

Subseção II

Das Diárias

Art. 58. O servidor que, a serviço, afastar-se da sede em caráter eventual ou transitório para outro ponto do território nacional ou para o exterior, fará jus a passagens e diárias destinadas a indenizar as parcelas de despesas extraordinárias com pousada, alimentação e locomoção urbana, conforme dispuser em regulamento. (Caput com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

§ 1º A diária será concedida por dia de afastamento, sendo devida pela metade quando o deslocamento não exigir pernoite fora da sede, ou quando a União custear, por meio diverso, as despesas extraordinárias cobertas por diárias. (§ 1º com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

§ 2º Nos casos em que o deslocamento da sede constituir exigência permanente do cargo, o servidor não fará jus a diárias.

§ 3º Também não fará jus a diárias o servidor que se deslocar dentro da mesma região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião, constituídas por municípios limítrofes e regularmente instituídas, ou em áreas de controle integrado mantidas com países limítrofes, cuja jurisdição e competência dos órgãos, entidades e servidores brasileiros considera-se estendida, salvo se houver pernoite fora da sede, hipóteses em que as diárias pagas serão sempre as fixadas para os afastamentos dentro do território nacional. (§ 3º incluído pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

Os arts. 58 e 59 cuidam da segunda modalidade de indenização ao servidor, prevista no art. 51, II — as diárias.

Amplamente modificado pela Lei n. 9.527/97 este artigo prevê que serve a diária para indenizar despesa do servidor que se afasta, em caráter não habitual, da sede de seu serviço para qualquer outro ponto do território nacional, ou ainda para o exterior, e destina-se especificamente a custear despesas *extraordinárias* de pousada e alimentação.

O *caput* do art. 58 fixa que o servidor fará jus, neste caso, também a passagens, referindo-se ali à locomoção urbana. Só se pode desse texto concluir que a diária, conforme tradição antiga no direito brasileiro, cobre pousada, alimentação e nada mais, e as passagens atendem à locomoção urbana, ainda que às vezes elas, passagens de ônibus urbanos, materialmente inexistam.

Mas causa inquietação a previsão de que apenas despesas *extraordinárias* (cf. Lei n. 9.527/97) com pousada e alimentação são cobertas por diárias, porque tais despesas simplesmente existem e devem ser pagas, carecendo de sentido falar em despesas extraordinárias; mas o final do *caput*, redigido em português de semi-alfabetizado, estabelece “conforme dispuser em regulamento”, o que força a remissão a algum regulamento que defina o que são despesas extraordinárias de pousada e alimentação. O *caput*, ao mencionar a palavra “extraordinárias”, é portanto desses dispositivos que, sem alguma explicação em regulamento, simplesmente não fazem sentido.

Existem viagens permanentemente necessárias ao trabalho de certos servidores. Quando não for o caso, ocorrerá para o servidor um deslocamento ocasional, transitório, que o obrigará a despesas de várias naturezas.

Examinou-se, já, a ajuda de custo, e sua finalidade de custear despesas com a instalação do servidor. Indenização de transporte é outro título destinado a ressarcir, conforme se examinará, despesas efetuadas pelo servidor com seus meios próprios de locomoção; não se a confunda, portanto, nem com diárias nem com passagens.

Diária, por fim, é aquela modalidade de indenização apta a cobrir despesas *extraordinárias* — seja lá isso o que for — de hospedagem (pernoite, pousada) do servidor, no local onde for designado para eventualmente prestar serviço, bem como sua alimentação, desde que se deslocou de sua sede até o regresso a ela. Caso o servidor não se desloque com seus próprios meios, precisará valer-se de algum meio de transporte, que poderá ser aeroviário, rodoviário, ferroviário, marítimo ou fluvial, e para isso receberá as passagens correspondentes.

Qualquer ponto do território nacional, e mesmo do estrangeiro, ensejará o pagamento de diárias, sempre que para ele o servidor se desloque em caráter eventual, não habitual. É comum existir na Administração diferenciação do valor das diárias, conforme se destinem a cobrir despesas em capitais ou em cidades do interior dos Estados, ou de menor porte; é também comum existir uma tabela, fixada em regulamento, referente ao número de horas que o servidor passa fora de sua sede, onde o valor a ser pago varia de acordo com cada caso**[52]**. A matéria é própria para regulamento, uma vez que, autorizada basicamente a despesa na lei, torna-se excessivamente fastidioso e inadequado para a própria lei resumir toda a casuística que envolve a concessão desta vantagem.

II

Um importante parâmetro, praticamente forçoso em razão do nome *diária*, é que essa vantagem será concedida por dia de afastamento, conforme fixa o § 1º do art. 58. A unidade básica para concessão da diária evidentemente é o dia de afastamento, não estando impedido entretanto um regulamento de fixar períodos horários que ensejam pagamentos parciais de diárias, sem embargo da parte final do § 1º.

O § 1º determina que será devida pela metade a diária sempre que o deslocamento do servidor não exigir pernoite fora da sede, ou quando a União custear por meio diverso as despesas extraordinárias cobertas por diárias. Trata-se de um dispositivo que visa poupar recurso público quando não exista razão

objetiva do serviço para o gasto integral, ou seja: se não há pernoite necessário fora da sede, torna-se dispensável cerca de, talvez, metade da despesa que a diária visa cobrir.

Quando, portanto, o servidor se desloca para o local designado e retorna à sua sede no mesmo dia, apenas metade da diária que lhe caberia, caso o pernoite fosse necessário, lhe é devida.

Também será devida apenas por metade a diária sempre que a União ressarça o servidor, de algum outro modo que não através de diária, por aquelas despesas extraordinárias que de outra forma as diárias cobririam na forma de regulamento. O que visou o dispositivo, devido na sua forma final à Lei n. 9.527/97, foi evitar a dupla despesa pública para ressarcir a mesma despesa do servidor, o que mais que compreensível é virtualmente necessário.

O controle de tais condições será necessariamente efetuado pelos meios próprios de cada órgão ou entidade que adiante diárias ao servidor.

III

Não se pagará diária caso o deslocamento do servidor constitua exigência permanente do cargo. Sabe-se que existem Municípios maiores que alguns Estados membros da Federação; é o exemplo de Altamira, no Pará, sobretudo há algumas décadas. Pode acontecer, em Municípios como tais, de o servidor a serviço de alguma repartição federal precisar deslocar-se duzentos quilômetros por dia, rotineiramente.

Fá-lo-á então com meios de transporte próprios da repartição ou seus, particulares, fazendo jus neste último caso à indenização de transporte. Merecerá eventualmente algum adiantamento para despesas necessárias, mas nessa hipótese não merecerá a diária, pois essa é a disposição expressa do § 2º do art. 58.

Exigência permanente de deslocação é condição do cargo, nos casos do § 2º do art. 58, devendo estar escrita expressamente na descrição de atribuições de

cada cargo, a qual deverá constar do termo de posse (conforme obriga o art. 13). Deslocações ocasionais, por mais que se repitam no tempo, se não estiverem previstas como permanentes nas atribuições do cargo, não poderão ser classificadas como tais para o efeito de aplicação do § 2º do art. 58, e assim sempre ensejarão o pagamento de diárias.

IV

O inacreditavelmente péssimo § 3º deste art. 58 foi acrescido pela Lei n. 9.527/97 — e pela sua qualidade dificilmente seria outra lei a introduzi-lo na L. 8.112 —, e retira o direito a diárias ao servidor que se deslocar dentro da mesma *região metropolitana*, o que leis estaduais definem de modo expresso, ou ainda da mesma *aglomeração urbana*, o que tecnicamente não significa absolutamente nada, pois não corresponde a conceito jurídico algum e precisará ser definido a cada momento e circunstância pela União, ou ainda dentro da mesma *microrregião*, o que é um conceito geográfico e não jurídico, significando a região dotada das mesmas características climáticas, ou a divisão de uma região natural.

Mas prossegue a insânia deste § 3º, fazendo seguir o trecho "constituídas por municípios limítrofes e regularmente instituídas", o que não tem nenhum sentido se aplicado a alguma microrregião, que pode estar compreendida dentro de um só Município e não é matéria de definição legal, nem tem sentido quando aplicada a aglomeração urbana, conceito antes sociológico que jurídico, e que também não é objeto de nenhuma definição legal.

Mencionam-se ainda "áreas de controle integrado mantidas com países limítrofes", com controle multinacionalmente estendido, como não ensejadora de diárias, a não ser que o deslocamento o servidor exija pernoite fora da sede — o que não é senão dizer o óbvio quanto a diárias —, e nesse caso a diária paga ao servidor deslocado para fora do País será a mesma que seria devida caso o deslocamento fosse dentro dele.

Duvida-se que semelhante conjunto de microscópicos casuísmos, eventualidades de algibeira e gritantes imprecisões técnicas a comprometer quase toda a coerência do dispositivo, justifiquem a criação deste § 3º.

Decidiu sobre esse tema, confirmando o teor da lei, o STJ, no sentido de que "O servidor designado para prestar serviços fora do local de lotação tem direito ao pagamento de diárias, nos termos do art. 58 da Lei n. 8.112/90, que não se confunde com a ajuda de custo, prevista no art. 36 do Estatuto dos Servidores, que, no caso, só é devida a partir do momento da remoção do servidor para o novo local de trabalho" (REsp n. 535.132-SC, 5ª Turma, *DJ*, 17-11-2003).

Art. 59. O servidor que receber diárias e não se afastar da sede, por qualquer motivo, fica obrigado a restituí-las integralmente, no prazo de 5 (cinco) dias.

Parágrafo único. Na hipótese de o servidor retornar à sede em prazo menor do que o previsto para o seu afastamento, restituirá as diárias recebidas em excesso, no prazo previsto no caput.

As diárias são pagas adiantadamente, ou seja, antecipadamente à viagem que o servidor precisa realizar. Não teria sentido se assim não fosse, pois em princípio não teria o servidor com que custear suas despesas de pousada, alimentação e locomoção urbana, ou, ao menos, não seria lícito exigir-lhe que as antecipasse por conta de sua remuneração.

Quando o servidor recebe diárias, e por qualquer razão que não cabe indagar não se afasta de sua sede, fica obrigado a devolvê-las integralmente no prazo de cinco dias corridos. Trata-se de previsão até mesmo benevolente para com o servidor, uma vez que este prazo pode ser considerado exagerado para que ele restitua o que não usou a serviço.

A disposição, além disso, é imprecisa, pois não fixa o termo inicial desse prazo, fazendo crer que inicia no momento em que o servidor recebeu o

adiantamento de diárias, o que em geral acontece em dia anterior ou muito próximo àquele previsto para o início da viagem.

Se o servidor, que recebeu diárias referentes a determinada previsão de deslocamento, retornar à sede em prazo anterior ao daquela previsão, deverá restituir o excesso recebido, também no prazo de cinco dias corridos e não úteis, cf. art. 238.

Deliberou sobre isso o TRF-1ª Região, nestes termos: "Deve ser mantida a sentença que determinou a devolução do valor de metade das diárias recebidas, correspondentes ao período em que se comprovou a utilização pelo autor, servidor federal, das dependências da Escola Técnica Federal do Rio Grande do Norte, em vista do que dispõem o art. 58 da Lei n. 8.112/90 e o art. 2º, alínea *c*, do Decreto n. 343/91" (AC n. 1141357-DF, 1ª Turma, *DJ*, 3-5-1999).

Subseção III

Da Indenização de Transporte

Art. 60. Conceder-se-á indenização de transporte ao servidor que realizar despesas com a utilização de meio próprio de locomoção para a execução de serviços externos, por força das atribuições próprias do cargo, conforme se dispuser em regulamento.

Sempre que o servidor valer-se de seus meios próprios de locomoção para a execução de serviços externos descritos nas atribuições de seu cargo, tudo conforme disposto em regulamento, merecerá a terceira modalidade de indenização, fixada no art. 51, III: a indenização de transporte. Existem diversos regulamentos sobre esse tema, sob a forma de decretos federais, que aqui não se enumeram dado o escopo da obra.

Não se confunda a indenização de transporte com qualquer outra modalidade de indenização. Esta indenização de transporte visa ressarcir o gasto com

combustível efetuado pelo servidor, além da depreciação de seu veículo, quando utilizado a serviço da Administração.

Será sempre regulamento o diploma normativo apto a fixar as condições para a concessão da indenização de transporte, e tal regulamento levará em conta os mais diversos fatores e as mais distintas variáveis envolvidas nesta despesa. Fatores como o tipo do veículo utilizado, o tipo de estrada existente, o tipo de combustível utilizado pelo servidor, a distância entre a sede e o local respectivo, ou outros ainda, podem influir diretamente na fixação das condições.

Pode a Administração exigir o cadastramento de veículos, por servidores, proprietários, que habitualmente precisem receber indenizações de transporte, como condição indispensável à sua concessão.

Fundamenta-se a existência desta indenização em razão de que poderia revelar-se mais custoso e difícil à Administração, ou às vezes menos conveniente ao serviço, prover todos os servidores, incumbidos de trabalhos externos, com transporte oficial, do que indenizar as despesas efetuadas pelo servidor que utilize seu próprio transporte.

Têm-se como exemplos certos cargos de fiscalização, levantamentos, medições, pesquisas de campo, averiguações, ou trabalhos em grande número de cidades ou localidades, que às vezes ocupariam veículos oficiais por excessivo tempo, eventualmente em grande parte ocioso, e com dificuldades sem conta.

Subseção IV

Do Auxílio-Moradia

(Incluída pela Lei n. 11.355, de 19-10-2006.)

Art. 60-A. O auxílio-moradia consiste no ressarcimento das despesas comprovadamente realizadas pelo servidor com aluguel de moradia ou com meio de hospedagem administrado por empresa hoteleira, no prazo de 1 (um) mês após a comprovação da despesa pelo servidor.

Este artigo, alfanumérico na forma da última moda que assolou a legislação brasileira, é o primeiro dos cinco introduzidos na L. 8.112 pela Lei n. 11.355, de 19-10-06, e em conjunto com os outros quatro integra a Subseção IV desta Seção, relativa ao auxílio-moradia.

Fica bastante clara logo de início a natureza indenizatória, ou ressarcitória, ou reparatória de prejuízo, ou reparadora de despesa imerecida com relação ao servidor, do auxílio-moradia. Não se trata de nenhuma espécie remuneratória mas de autêntica indenização de prejuízo, e com isso deixa de integrar, para todos os efeitos, o conjunto das verbas remuneratórias dos servidores, sendo provavelmente os principais o relativo ao *imposto de renda* e o à *lei de responsabilidade fiscal.* Sendo indenização, então sobre o seu pagamento não incide IR, nem é ele levado em conta para cálculo do comprometimento federal com relação a despesas com pessoal, conforme parametra a LRF, art. 18.

Visa ressarcir o servidor das despesas que comprovar com aluguel de sua moradia ou seu outro meio de hospedagem, como hotéis, hospedarias, *flats* ou outros que sejam administrados por empresas hoteleiras — o que afasta estabelecimentos domésticos, informais ou caseiros que ocasionalmente se prestem a tal fim. Em até um mês após a efetivação da despesa, o servidor dela será ressarcido, na forma da previsão legal.

Trata-se de uma vantagem, repita-se, não remuneratória mas indenizatória, que acompanha o servidor e seu cargo, e que vem disciplinada nos artigos subsequentes.

Art. 60-B. Conceder-se-á auxílio-moradia ao servidor se atendidos os seguintes requisitos:

I - não exista imóvel funcional disponível para uso pelo servidor;

II - o cônjuge ou companheiro do servidor não ocupe imóvel funcional;

III - o servidor ou seu cônjuge ou companheiro não seja ou tenha sido proprietário, promitente comprador, cessionário ou promitente

cessionário de imóvel no Município aonde for exercer o cargo, incluída a hipótese de lote edificado sem averbação de construção, nos 12 (doze) meses que antecederem a sua nomeação;

IV - nenhuma outra pessoa que resida com o servidor receba auxílio-moradia;

V - o servidor tenha se mudado do local de residência para ocupar cargo em comissão ou função de confiança do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores — DAS, níveis 4, 5 e 6, de Natureza Especial, de Ministro de Estado ou equivalentes;

VI - o Município no qual assuma o cargo em comissão ou função de confiança não se enquadre nas hipóteses previstas no § 3º do art. 58 desta Lei, em relação ao local de residência ou domicílio do servidor;

VII - o servidor não tenha sido domiciliado ou tenha residido no Município, nos últimos 12 (doze) meses, aonde for exercer o cargo em comissão ou função de confiança, desconsiderando-se prazo inferior a 60 (sessenta) dias dentro desse período; e

VIII - o deslocamento não tenha sido por força de alteração de lotação ou nomeação para cargo efetivo;

IX - o deslocamento tenha ocorrido após 30 de junho de 2006. (Inciso IX acrescentado pela Lei n. 11.490, de 20-6-2007, resultante da conversão da Medida Provisória n. 341, de 29-12-2006.)

Parágrafo único. Para fins do disposto no inciso VII do caput deste artigo, não será considerado o prazo no qual o servidor estava ocupando outro cargo em comissão relacionado no inciso V do caput deste artigo.

Este artigo enumera, em seus incisos, as nove regras que norteiam a concessão ao servidor federal da indenização denominada *auxílio-moradia*. Trata-se de um elenco *cumulativo*, ou seja, que deve ser atendido em sua

totalidade para fazer que o servidor mereça o benefício do *caput*. A natureza das condições, somada ao texto do *caput*, assim evidenciam.

A primeira (inc. I) se refere a não existir imóvel funcional que possa o servidor ocupar, hipótese em que passa a ser-lhe devido o auxílio-moradia. É comum, sobretudo na Capital federal, a existência de apartamentos ou outros imóveis funcionais, pertencentes ao poder público, destinados à moradia dos servidores, em geral ocupantes de (costumeiramente altos) cargos em comissão. Em existindo à disposição do servidor, afastam o auxílio-moradia, como seria de esperar.

A segunda hipótese de ser devida aquela indenização (inc. II) ocorre se o cônjuge do servidor, homem ou mulher, não ocupar imóvel funcional, pois que se ocupar isso excluirá a percepção de auxílio-moradia, vez que o duplo benefício não teria razão de ser se o casal reside em conjunto.

A terceira regra (inc. III) manda pagar auxílio-moradia ao servidor se ele, ou seu cônjuge, ou seu companheiro — diferença essa que a cada dia é juridicamente menos perceptível — não for ou não tenha sido proprietário, promitente-comprador ou promitente-cessionário de imóvel sito no Município onde exercerá sua função pública, incluindo-se na hipótese o lote edificado sem averbação da construção, “nos 12 (doze) meses que antecederam a sua nomeação”.

Nesse excessivo casuísmo que poderia ser tremendamente simplificado — se é que precisaria sequer existir ... —, queda o leitor sem saber se a parte final, aqui entre aspas, se refere ao período *em que o auxílio-moradia será pago* ou se diz respeito *à nomeação do servidor*. É de supor que ao exercer sua fertilíssima imaginação o legislador acredita prestar o mais relevante serviço à pátria, quando em verdade apenas perde tempo e faz perder tempo. E com isso resta tão arbitrária uma solução ao impasse quanto a outra.

Por pouco sentido que teria a segunda possibilidade, entendemos que a correta leitura deste rebarbativo dispositivo é a de que o auxílio-moradia é

devido ao servidor que durante os doze meses que antecederam sua nomeação não foi proprietário, promitente ou cessionário de imóvel no Município onde exercerá seu cargo federal, e não é devido se o foi durante período.

A quarta regra (inc. IV) proíbe o pagamento do auxílio-moradia se qualquer pessoa que resida com o respectivo servidor já o receba — eis que nesse caso já se supõe ressarcida essa despesa, e o pagamento implicaria ressarcimento do que já está pago.

A quinta regra (inc. V) informa ser devido o auxílio-moradia ao servidor que se mudou de residência para ocupar cargo em comissão ou função de confiança do grupo DAS de nível 4 a 6, ou então cargo de natureza especial, ou cargo de Ministro de Estado "ou equivalentes". Se é simples compreender a dicção de quase todo o dispositivo, entretanto em sua parte final o *imbroglio* outra vez mostra sua face: que cargos serão, porventura, equivalentes aos de Ministros de Estado?

Salvo os cargos do Executivo criados e declarados em lei como *de nível de Ministro*, não existe resposta a esta pergunta, já que inexistem cargos equivalentes a posições singulares e isoladas na estrutura do Executivo, que não se confunde com a estrutura de outro Poder ou ente algum. Ministro de Estado é *meio-político* e *meio-servidor*, exatamente assim, de modo que a sua singularidade funcional ressalta ainda mais, de modo a impedir qualquer similarização com qualquer outro posto de trabalho, na estrutura estatal que for.

A sexta complicada regra (inc. VI) informa que é devido o auxílio-moradia caso o Município onde o servidor assuma o cargo em comissão, ou a função de confiança, *não se enquadre* na região metropolitana à qual pertence o Município de onde provém o servidor, ou na mesma aglomeração urbana — seja lá isso o que for —, ou ainda na mesma microrregião. Leiam-se os comentários ao art. 58, § 3º, a respeito.

A sétima regra (inc. VII) admite o pagamento do auxílio-moradia ao servidor que não tenha sido domiciliado, nos últimos doze meses, no Município onde vá

exercer seu cargo em comissão ou sua função de confiança, desprezando-se período inferior a sessenta dias para esse efeito. Em incidindo no impedimento, ficará o servidor privado da indenização.

A oitava regra (inc. VIII) admite o auxílio-moradia caso o deslocamento do servidor não se tenha dado por força de relotação, ou de nomeação para cargo efetivo. Isso evidencia que o propósito primacial do auxílio-moradia é prover de recursos para moradia o servidor designado para cargo ou função *em que não detenha estabilidade*, uma vez que se for estável é de supor que já detenha meios de prover essa despesa, nesse caso suposta corolariamente permanente e estável.

A nona e última regra (inc. IX) condiciona o pagamento do auxílio-moradia à comprovação de que o deslocamento se tenha dado após 30-6-2006, o que deverá ser demonstrado por qualquer meio oficialmente aceito.

O parágrafo único do artigo contém dispositivo que perfeitamente podia estar contido no inc. VII, rezando que para os fins daquele inc. VII não será considerado o tempo em que o servidor ocupou algum cargo DAS de nível 4 a 6, ou algum cargo de natureza especial, ou ainda cargo de Ministro de Estado ou algum de seus raros equivalentes.

Art. 60-C. O auxílio-moradia não será concedido por prazo superior a oito anos dentro de cada período de doze anos.

Parágrafo único. Transcorrido o prazo de oito anos dentro de cada período de doze anos, o pagamento somente será retomado se observados, além do disposto no caput, os requisitos do caput do art. 60-B, não se aplicando, no caso, o parágrafo único do citado art. 60-B. (Redação dada pela Lei n. 11.784, de 22-9-2008.)

Reza este artigo, que teve sua redação alterada para a forma acima pela Lei n. 11.784/08, que não será concedido auxílio-moradia por prazo maior que oito anos em cada período de doze anos.

E o parágrafo único fixa que, decorridos oito anos dentro de cada período de doze, o pagamento somente poderá ser reiniciado se observados os requisitos do art. 60-B, excluída nesse caso, por inaplicabilidade, a previsão do parágrafo único daquele artigo. (A regra anterior previa períodos menores, de cinco e oito anos respectivamente.)

Eis, portanto, delimitado o novo lapso máximo que a lei previu para o pagamento da vantagem, ainda assim sujeito a uma exceção, com retomada do pagamento, desde que, após decorrido o lapso máximo de oito anos dentro de cada lapso de doze, o servidor venha a se enquadrar n'alguma das hipóteses permissivas constantes do art. 60-B, e desde que, naturalmente, ao inverso não se enquadre n'alguma regra proibitiva, figurante daquele mesmo artigo.

A lei prevê e admite, portanto, longas ou reiteradas ocupações de cargos em comissão e de funções de confiança, como claramente se denota deste conjunto de disposições.

E admite ainda que mais de uma vez seja iniciado outro período de oito anos de pagamento do auxílio-moradia, após decorrido um período de doze anos durante oito dos quais a vantagem foi paga. Ainda que muito pouco provável e ao que se denota, juridicamente pode ocorrer de alguém vir a receber até *três* períodos de auxílio-moradia, de oito anos cada, dentro de um lapso de até trinta e seis anos, desde que observe sempre os múltiplos requisitos do art. 60-B.

Art. 60-D. O valor do auxílio-moradia é limitado a vinte e cinco por cento do valor do cargo em comissão, função comissionada ou cargo de Ministro de Estado ocupado.

§ 1º O valor do auxílio-moradia não poderá superar vinte e cinco por cento da remuneração de Ministro de Estado.

§ 2º Independentemente do valor do cargo em comissão ou função comissionada, fica garantido a todos que preencherem os requisitos o ressarcimento até o valor de R$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais).

(Redação do artigo dada pela Lei n. 11.784, de 22-9-2008.)

Este artigo foi modificado e ampliado pela Lei n. 11.784/2008, e no *caput* passou a limitar o valor máximo do auxílio-moradia com relação ao valor remuneratório do cargo em comissão, ou a função comissionada, ou ainda o cargo de Ministro de Estado que o servidor ocupe. Fixou tal limite em 25% (vinte e cinco por cento) de qualquer daquelas três possíveis remunerações.

A lei não fixou propriamente o valor, mas o limite de valor para o pagamento, percentualmente com relação a parâmetros fixos.

Consignou-se na edição anterior que isto "no mínimo não é de boa técnica, já que uma tão explícita despesa pública está sujeita ao estrito cumprimento do princípio da legalidade e da impessoalidade — ou da igualdade e da isonomia. Por tais princípios, conjuntamente considerados, a boa técnica manda que a lei fixe, ela própria diretamente, o valor a ser pago a cada caso, impedindo arbitrárias e pessoais fixações por autoridades federais, segundo critérios por vezes pessoais e ocasionalmente anti-isonômicos.

Mas deve ser certo que regulamentos do Executivo — e de Poderes e órgãos federais se for o caso — especificarão faixas, escalonamentos e níveis de hierárquica aplicação da regra; ao menos é de esperar que o façam".

Por mais uma coincidência ou por outro motivo — elogiável, segundo entendemos —, eis que a Lei n. 11.784/2008 fixou efetivamente um valor, não máximo porém mínimo, de garantia a quem se enquadre na hipótese do artigo, ou seja, quem receba auxílio-moradia, e esse valor mínimo é o estabelecido no § 2º, de R$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais), bastante módico, por sinal, em se considerando os valores imobiliários reinantes na Capital federal.

O § 1º, a seu turno, apertou ainda mais uma regra contida no *caput*, e a seu teor o valor do auxílio-moradia não pode ultrapassar 25% da remuneração *de Ministro de Estado* — e não das duas outras referências (cargo em comissão ou função comissionada).

O comedimento da medida é mais uma vez apreciável, porque é sabido que os cargos do Executivo, a começar pelo de Presidente da República, *não são bem remunerados* — apesar de que, seja sempre lembrado, subsídio e vencimento, que são básicos, são uma coisa, e remuneração é outra, sempre maior. Mesmo assim, é elogiável a contenção demonstrada pela regra.

Art. 60-E. No caso de falecimento, exoneração, colocação de imóvel funcional à disposição do servidor ou aquisição de imóvel, o auxílio-moradia continuará sendo pago por um mês.

Este artigo fixa que será pago ainda por um mês o auxílio-moradia a quem de direito em caso de falecimento do servidor que o recebia, ou ao servidor em caso de sua exoneração, ou então por motivo de colocação do imóvel funcional à disposição do servidor para venda, em face da preempção ou preferência que o poder público, titular do imóvel, lhe ofereça.

Claro o suficiente em seu sintetismo, o dispositivo prevê o término do pagamento do auxílio-moradia nas hipóteses que enuncia, sendo porém que deixa de prever sobre a continuidade do pagamento em inúmeras outras hipóteses, como por exemplo a colocação do servidor em disponibilidade, ou o seu afastamento, ou licenciamento, com ou sem remuneração, ou ainda sua suspensão — e não haverá de ser homogêneo o tratamento do caso em cada uma dessas heterogêneas hipóteses.

Seção II

DAS GRATIFICAÇÕES E ADICIONAIS

Art. 61. Além do vencimento e das vantagens previstas nesta Lei, serão deferidos aos servidores as seguintes retribuições, gratificações e adicionais: (Caput com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

I - retribuição pelo exercício de função de direção, chefia e assessoramento; (Inciso I com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

II - gratificação natalina;

III - (Revogado pelo art. 15, II, da Medida Provisória n. 2.225-45, de 4-9-2001, respeitadas as situações constituídas até 8-3-1999.)

IV - adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas;

V - adicional pela prestação de serviço extraordinário;

VI - adicional noturno;

VII - adicional de férias;

VIII - outros, relativos ao local ou à natureza do trabalho;

IX - gratificação por encargo de curso ou concurso. (Inciso IX incluído pela Lei n. 11.314, de 3-7-2006.)

I

Modificado pela Lei n. 9.527/97, este artigo elenca, num rol não taxativo, que, portanto, a teor do inc. VIII, admite outras hipóteses, uma retribuição, uma gratificação e alguns adicionais devidos a servidores regidos pela L. 8.112. Gratificações e adicionais são duas modalidades expressas de vantagens, devidas aos servidores por força do art. 49, onde foram previstas genericamente.

Os arts. 62 a 77 tratam especificamente de cada uma das gratificações e dos adicionais elencados neste artigo. *Retribuição,* a seu turno, inovação da Lei n. 9.527/97 para este artigo, significa a própria remuneração, o pagamento principal do trabalho, e não mera vantagem ou acessório como o são a gratificação e os adicionais

Este só disciplinamento não esgota o assunto, ficando por conta de regulamento especificar detalhes, demasiados para a lei. O inc. VIII deste artigo abriu ensejo, por outro lado, à criação de novos adicionais ou gratificações,

referentes ao local ou à natureza do trabalho.

Pode estar se referindo, por exemplo, a gratificações ou adicionais por exercício em locais de difícil ou dificílimo acesso, ou a adicionais relativos a trabalhos de natureza toda especial, não prevista como penosa, perigosa ou insalubre. Será apenas lei, entretanto, de qualquer forma, o diploma instituidor e parametrador, ao menos nos delineamentos maiores, de outras gratificações ou adicionais devidos aos servidores regidos pela L. 8.112, não previstos nos incs. I a VI do art. 61.

É evidente a falta de técnica da lei neste momento, pois o art. 61 informa que serão deferidas aos servidores certas gratificações e adicionais além do vencimento e das vantagens previstas, quando o art. 49 classificou como vantagens tanto as gratificações quanto os adicionais a que a lei se refere. Vale dizer: além das vantagens serão deferidas vantagens, o que indica a falta de acuidade do redator final da L. 8.112. Semelhante desleixo, entretanto, não prejudica a aplicabilidade dos dispositivos da lei.

Em relação ao inc. IV do art. 61, o DRH da Secretaria de Administração Federal expediu a Orientação Normativa n. 17, indicando que, para efeito de configuração dos locais insalubres, penosos ou perigosos, basear-se-á a Administração nos critérios estabelecidos nas normas vigentes para o trabalhador em geral, vinculado à iniciativa privada, bem como nas Leis n. 7.923, de 12-12-1989, e 7.995, de 9-1-1990.

II

Resta evidente, pela leitura do rol dos incs. II a VII do art. 61, que a distinção entre adicional e gratificação é puramente convencional, e quase mesmo arbitrária. O que a lei define como gratificação não é adicional, e o que define como adicional não é gratificação apenas porque assim dispôs.

Não é possível estabelecer nenhum denominador comum às gratificações da L. 8.112 que as afaste dos adicionais, como não o é com relação aos adicionais.

Observou-se para a divisão, antes, uma tênue tradição do que motivo técnico objetivo. Tanto isso é verdade que a Seção II do Capítulo II do Título III se refere genericamente a gratificações e adicionais, quando, fossem diferentes as naturezas, teria separado os institutos, diferentemente denominados, em Seções diversas, como foi a sistemática que empregou.

Quanto à retribuição a que se refere o inc. I, nenhuma confusão se faz possível com relação a gratificações ou adicionais, e acertou a Lei n. 9.527/97 no corrigir a anterior previsão de gratificação para este caso.

III

Deve-se de importantíssimo neste art. 61 observar que, a teor do parágrafo único do art. 42, excluem-se do conceito de remuneração os adicionais e as gratificações previstos nos incs. II a VII do art. 61. A tal exclusão a L. 8.112 procedeu em razão da limitação constitucional à remuneração de servidores públicos, fixada no art. 37, XI.

Tendo a Administração necessidade de delimitar exatamente a abrangência do conceito de remuneração, e dos títulos legais que a integram, a L. 8.112, combinando os incs. II a VII do art. 61 com o parágrafo único do art. 42, fixou que o eventual excesso de remuneração, percebida por servidor federal (com relação à remuneração, conforme pertença o servidor ao Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, respectivamente dos Ministros de Estado, dos Senadores da República e dos Ministros do Supremo Tribunal Federal), em razão da incorporação das vantagens previstas nos incs. II a VII do art. 61, pode legitimamente ser pago e recebido, não violando o teto constitucionalmente fixado no art. 37, II.

Semelhante disposição da lei é no mínimo questionabilíssima, se se considerar o conceito clássico de remuneração, consagrado na doutrina e na jurisprudência brasileiras anteriores à CF/88.

Existem já, entretanto, decisões judiciais e administrativas, além de pareceres

de Tribunais de Contas[53], que até este momento demonstraram a tendência a manter a exclusão procedida pelo art. 61 da L. 8.112, combinado com o art. 42, parágrafo único. Ocorre que o STF parece ter iniciado a *inversão* daquela tendência, anunciando-se uma decisão, em mandado de segurança movido por alguns de seus ex-Ministros, que cortaria a sua remuneração no teto constitucional, mas que até o momento não foi ultimada e publicada, devendo-se por isso aguardá-la.

A MP n. 283, de 23-2-2006, incluiu o inc. IX no artigo, pelo qual passou a existir também a *gratificação por encargo de curso ou concurso*, que pode ser paga ao servidor regido pela L. 8.112. Trata-se daquela gratificação disciplinada no art. 76-A, igualmente instituído pela última MP referida, e que é comentada oportunamente, adiante.

Subseção I

Da Retribuição pelo Exercício de Função de Direção, Chefia e Assessoramento

Art. 62. Ao servidor ocupante de cargo efetivo investido em função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de Natureza Especial é devida retribuição pelo seu exercício. (Artigo com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

Parágrafo único. Lei específica estabelecerá a remuneração dos cargos em comissão de que trata o inciso II do art. 9º.

Este artigo foi profundamente modificado, tendo sido revogado o seu antigo § 1º pela Lei n. 9.527/97, e os §§ 2º a 5º pela Medida Provisória n. 968, de 12-4-1995. A redação atual foi dada pela Lei n. 9.527/97, e com isso as referidas MPs deixaram de incidir sobre o artigo[54].

Pela redação atual, reza o *caput* simplesmente que o servidor efetivo receberá retribuição específica se vier a exercer cargo em comissão, ou função

de direção, chefia ou assessoramento, ou cargo de natureza especial. Tal seria se a lei o obrigasse a exercer de graça tais funções, ou se o obrigasse a exercê-las continuando a receber pelo cargo efetivo: isso seria rigorosamente inadmissível, uma vez que realidades ocupacionais diversas exigem tratamento remuneratório equivalentemente diverso.

Em verdade o que pretendeu a Lei n. 9.527/97, ao dar esta redação ao artigo, foi apenas substituir a palavra “gratificação”, originária, e que tanta celeuma e confusão ensejou no serviço público federal em face da sua discutidíssima incorporabilidade (a questão dos “quintos” e dos “décimos”, que ainda enseja ações judiciais em curso, aparentemente intermináveis), pela genérica *retribuição*, que novidade alguma constitui. Retribuição é pagamento pelo trabalho, e nada além disso, e teria sido o mesmo dizer que aquelas funções mereceriam “remuneração” pelo seu exercício, a lei chovendo no molhado.

Dentre interminável jurisprudência produzida sobre o tema, e especificamente sobre os “décimos”, já decidiu o STJ que “I. O art. 5º da Lei n. 9.624/98, resguardou aos servidores o cômputo do tempo residual referente ao exercício de função comissionada até 10 de novembro de 1997, para a concessão da próxima parcela de décimo. II. A incorporação da parcela de décimo prevista no art. 5º da Lei n. 9.624/98 tem como termo final a data específica em que o servidor complete o interstício de 365 dias em exercício de Função Comissionada, de acordo com a sistemática definida na redação original do art. 3º da Lei n. 8.911/94 (Precedente do Conselho de Administração desta Corte). III. *In casu*, tendo o recorrente preenchido os requisitos do art. 5º da Lei n. 9.624/98, e completado o interstício de 365 dias de exercício de Função Comissionada em 10.11.1998, faz jus a incorporação de uma parcela de décimo, e não de quintos como pleiteado. Recurso parcialmente provido” (REsp n. 432.986-RN, 5ª Turma, *DJ*, 24-11-2003).

A L. 8.112 não define função de direção, chefia ou assessoramento. Apenas diferencia essas funções, e de maneira clara, dos cargos em comissão, sejam de

natureza especial ou não, e daqueles de provimento efetivo, e especifica neste art. 62 que ao servidor que nessas funções for investido será devida uma *retribuição* pelo seu exercício. Sobre os cargos ditos *de natureza especial*, foram já comentados em artigos anteriores da L. 8.112.

A própria Constituição Federal, no art. 37, V (com a redação dada pela EC n. 19/98), aliás, já deixa muito clara a diferença entre cargo em comissão e função de confiança, uma vez que se refere a esses dois institutos de forma inteiramente separada.

O parágrafo único, completando a cena, remete a legislação específica a fixação do valor daquelas retribuições às funções e aos cargos que especifica no *caput.* Mesmo que inexistisse, assim precisaria ser a regra, uma vez que a L. 8.112 jamais deveria fixar valor de remuneração alguma, e com isso a retribuição aqui referida depende de lei que a cada caso específico, dentro das várias camadas e estruturas da organização do pessoal do serviço público federal, estabeleça os valores.

Art. 62-A. Fica transformada em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada — VPNI a incorporação da retribuição pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de Natureza Especial a que se referem os arts. 3º e 10 da Lei n. 8.911, de 11 de julho de 1994, e o art. 3º da Lei n. 9.624, de 2 de abril de 1998. (Artigo incluído pela Medida Provisória n. 2.225-45, de 4-9-2001.)

Parágrafo único. A VPNI de que trata o caput deste artigo somente estará sujeita às revisões gerais de remuneração dos servidores públicos federais.

Artigo alfanumérico inteiramente novo em forma e conteúdo na L. 8.112, introduzido pela depois e ainda “congelada” Medida Provisória n. 2.225-45, de

4-9-2001, foi o remate da evasiva que o art. 62 iniciou, tudo relativamente à interminável novela que os antigos “quintos” e “décimos” ensejaram no serviço público federal, e que até o dia de hoje persiste irresolvida em inúmeras ações judiciais ainda em curso contra a União, visando a incorporação definitiva daquelas parcelas ao vencimento dos autores.

Tratou aqui a L. 8.112 de encontrar uma natureza jurídica para aquelas parcelas de incorporação da antiga gratificação a que se referia o art. 62, que tiveram o seu disciplinamento tantas vezes modificado por leis e por medidas provisórias nos últimos anos que, como se disse e se sabe, tanta celeuma ainda ensejam no seio do serviço público federal.

Desse modo, a solução vislumbrada pela lei — aliás comum e encontradiça em outros momentos e em outras províncias do serviço público brasileiro, da órbita estadual e municipal — foi a de definir como *vantagem pessoal nominalmente identificável* aquelas anteriores parcelas incorporáveis, oriundas do que antes a lei definia como *gratificação* e atualmente define como retribuição.

Esse título *vantagem pessoal nominalmente identificável*, que, repita-se, não foi inventado pela L. 8.112, corresponde a parcelas remuneratórias que não se conseguem encaixar — ou que o legislador *não quer encaixar* — em qualquer outra categoria remuneratória. Assim, restou este título para expressar a manutenção, para certos casos, de uma situação antiga que hoje a lei não mais admite se possa constituir, de modo que a VPNI constitui situação excepcional à regra atual da L. 8.112.

Por força da forma anterior da lei, e com a intervenção de decisões judiciais ou sem essas ações, tais parcelas, que a lei atual extinguiu, entretanto geraram direitos aos servidores, os quais atualmente a lei precisa resolver de modo desejavelmente jurídico, e para isso a solução encontrada foi esta do art. 62-A.

Definindo-as como vantagens separadas de todas as demais, assim a lei resolveu a questão da identificação dessas parcelas nos demonstrativos de

pagamentos (*holleriths*) dos servidores, e em toda e qualquer referência documental que mereçam, para todos os efeitos.

Independentemente do mérito de toda essa prebenda desde o seu início, não deixou de ser engenhosa a solução que o art. 62-A deu ao até aqui tão tormentoso problema, pois que jurídica e com isso isenta, assim parece, do vasto mundo de arestas e irregularidades que esta matéria ensejou, geradora de intermináveis conflitos entre servidores e Administração, devidos sobretudo pela sucessão insana e desparametrada dos diplomas que a regeram, ao longo de alguns anos.

Subseção II

Da Gratificação Natalina

Art. 63. A gratificação natalina corresponde a 1/12 (um doze avos) da remuneração a que o servidor fizer jus no mês de dezembro, por mês de exercício no respectivo ano.

Parágrafo único. A fração igual ou superior a 15 (quinze) dias será considerada como mês integral.

I

Gratificação natalina é o 13º salário. Ele existe para o trabalhador da iniciativa privada desde a edição da Lei n. 4.090, de 13-7-1962. A União Federal estabeleceu, por lei, também o 13º salário para o servidor público, e ele vinha sendo regularmente pago até a promulgação da CF/88.

Com a nova Carta, o 13º salário tornou-se um direito de todo e qualquer trabalhador brasileiro, seja servidor público, seja empregado da iniciativa privada. A L. 8.112 nada fez neste art. 63 senão traduzir, para dentro do âmbito legal e para o plano estatutário federal, este direito constitucional do trabalhador brasileiro.

Significa aquela gratificação a ser paga ao servidor proporcionalmente, dentro de cada exercício, ao número de meses trabalhados, considerando-se cada fração igual ou superior a quinze dias como sendo um mês completo. O servidor admitido, por exemplo, no dia 20 de junho, e portanto com seis meses e dez dias de exercício até o final do ano, merecerá seis doze avos da gratificação natalina, ao final do mesmo ano. Se tivesse sido admitido e iniciado seu exercício em 10 de junho, mereceria sete doze avos.

A remuneração a que se refere o artigo é sempre aquela devida no mês de dezembro, e esta previsão tem muita razão de ser, sabendo-se que, tradicionalmente no Brasil, tanto os empregados da iniciativa privada quanto os servidores públicos eram beneficiados por diversos aumentos de remuneração dentro de cada ano, devidos à reparação da corrosão do poder aquisitivo dos seus salários ou vencimentos, provocada pela inflação e costumeiramente procedidos pela Administração.

Não seria razoável, assim, pagar gratificação natalina em dezembro de um ano tomando por base a remuneração de janeiro desse mesmo ano, ocasião em que seu valor aquisitivo estaria irremediavelmente comprometido, segundo a regra normal da escalada inflacionária corrente do Brasil.

Isso é o que ocorria no passado. Atualmente, com a estabilização da economia, tais razões não mais se aplicam, porém o direito dos servidores federais permaneceu o mesmo dado por este art. 63.

II

Sobre este tema o DRH da Secretaria da Administração Federal expediu as Orientações Normativas n. 10 e 49, a primeira fixando que se antecipa o pagamento da gratificação natalina em razão de férias, observado o disposto no § 2º do art. 9º do Decreto-Lei n. 2.310/86, e a segunda indicando que o limite máximo de remuneração do servidor público, fixado na L. 8.112, art. 42, é considerado para efeito do pagamento da gratificação natalina.

Esta última Orientação indica que, ainda que a remuneração do servidor devesse ultrapassar um limite constante do art. 42 para efeito de qualquer pagamento, ficará limitado ao teto máximo fixado na Constituição e repetido no art. 42, sendo esse teto, vigorante em dezembro, o valor considerado para efeito de cálculo da gratificação natalina.

Art. 64. A gratificação será paga até o dia 20 (vinte) do mês de dezembro de cada ano.

Parágrafo único. (Vetado.)

Este artigo copiou o critério fixado na Lei n. 4.749, de 12-8-1965, art. 1º, determinando que a gratificação natalina será paga ao servidor até o dia 20 de dezembro de cada ano. Não coincide portanto, regra geral, a data de pagamento da gratificação natalina com o pagamento da remuneração mensal a cada servidor, procedida como costuma ser no início de cada mês.

O parágrafo único do art. 64 foi vetado pelo Sr. Presidente da República. Estabelecia um adiantamento da gratificação natalina, a ser pago em junho, por metade. Nas razões do veto alegou-se que a fixação de data para pagamento de parcela daquela gratificação é totalmente incompatível com uma Administração financeira responsável. O veto foi mantido pelo Congresso Nacional, de modo que a única data hoje existente para pagamento da gratificação natalina continua sendo 20 de dezembro de cada ano, conforme o *caput* do art. 64.

Art. 65. O servidor exonerado perceberá sua gratificação natalina, proporcionalmente aos meses de exercício, calculada sobre a remuneração do mês da exoneração.

Este artigo complementa idealmente a sistemática de pagamento da gratificação natalina a servidores federais, focando a hipótese do servidor

exonerado.

Exoneração, conforme se examinou, jamais constitui punição. Seja qual for sua forma, dentre aquelas previstas nos arts. 34 e 35, o servidor exonerado tem direito a receber gratificação natalina, proporcionalmente, dentro do ano em que foi desligado, ao número de meses trabalhados, considerada mês integral a fração igual ou superior a quinze dias.

É importante frisar que mesmo o servidor ocupante de cargo em comissão, à falta de discriminação na L. 8.112, tem direito a gratificação natalina, como qualquer servidor por ela regido.

Art. 66. A gratificação natalina não será considerada para cálculo de qualquer vantagem pecuniária.

Fixa este artigo que sobre a gratificação natalina não se calculará qualquer outra vantagem pecuniária. Não será jamais somada a gratificação natalina às demais remunerações mensais percebidas pelo servidor, para nenhum efeito.

Não se poderá assim cogitar da "remuneração média" do servidor computando-se a gratificação natalina, como é comum quanto aos empregados regidos pela CLT. Se interessar saber a remuneração média paga no ano ao servidor, a teor do art. 66 apenas doze pagamentos no máximo serão computados, ficando excluído o 13º salário ou gratificação natalina daquele total.

Com esta disposição visou o legislador federal evitar repetir-se para o âmbito da Administração direta, autárquica e fundacional pública federal o que ocorre no plano do direito do trabalho, junto às empresas privadas, na relação com seus empregados contratados pela CLT. Ali a remuneração anual média, computado o 13º salário, é considerada para inúmeros e importantes efeitos, como o cálculo de indenizações; esta hipótese inexiste para o servidor regido pela L. 8.112.

Nada na Constituição obriga a comportamento diverso da lei federal, de modo que parece constitucional e jurídica esta disposição, e novamente não se lhe adentra o mérito.

Subseção III

Do Adicional por Tempo de Serviço

Art. 67. (Revogado pela Medida Provisória n. 2.225-45, de 4-9-2001.)

Este artigo dispunha sobre adicional por tempo de serviço, que foi eliminado de vez da L. 8.112 pela MP acima referida.

A Secretaria de Administração Federal, através de seu DRH, expediu a propósito deste art. 67 as Orientações Normativas n. 23, 32, 70 e 93, todas a esta altura sem muita função ou razão de ser, não apenas pela revogação do artigo como também pelo que dispõe o art. 62-A, já comentado.

Subseção IV

Dos Adicionais de Insalubridade, Periculosidade ou Atividades Penosas

Art. 68. Os servidores que trabalhem com habitualidade em locais insalubres ou em contato permanente com substâncias tóxicas, radioativas ou com risco de vida, fazem jus a um adicional sobre o vencimento do cargo efetivo.

§ 1º O servidor que fizer jus aos adicionais de insalubridade e de periculosidade deverá optar por um deles.

§ 2º O direito ao adicional de insalubridade ou periculosidade cessa com a eliminação das condições ou dos riscos que deram causa a sua concessão.

I

Os arts. 68 a 72 estabelecem para o servidor federal adicionais por desempenho de atividades insalubres, perigosas ou penosas. Trata-se de um disciplinamento autônomo para o serviço público federal, que não se confunde com aquele estabelecido para o empregado da iniciativa privada através da CLT, de leis específicas e de atos infralegais (como a Portaria do Ministério do Trabalho n. 3.214, de 8-6-1978, a qual, com suas trezentas páginas, constitui importantíssima fonte de inspiração para qualquer legislação relativa à segurança do trabalho).

Não se aplicam em princípio essas regras trabalhistas para o servidor regido pela L. 8.112, salvo quando a própria lei o determine, em casos fechados e específicos como ocorre no art. 72.

A matéria exige vastíssima regulamentação, e fica evidente que a L. 8.112, nos arts. 68 a 72, traça apenas normas amplas e balizamentos muito genéricos sobre o tema, inteiramente dependentes de leis exorbitantes específicas, e de regulamentos por vezes vastos e complexos. Veja-se, a propósito, a Lei n. 8.270, de 17-12-1991, art. 12, que remete à legislação comum de insalubridade.

Sobre isso, e sobre a antiga ideia do "esgotamento da via adminstrativa", decidiu o STJ que "Não há falar em ausência de interesse de agir na hipótese do servidor público pleitear judicialmente adicional de insalubridade, sem ter, previamente, ingressado na via administrativa. Precedentes" (AGA n. 193.480-SP, 6ª Turma, *DJ*, 12-8-2002).

O art. 68 enuncia a regra geral: os servidores que habitualmente trabalham em locais insalubres, em contato permanente com substâncias tóxicas ou radioativas, ou ainda que trabalhem com risco de vida, fazem jus ao adicional respectivo, que é calculado sobre o vencimento do cargo efetivo.

Primeira conclusão: servidores ocupantes de cargos em comissão, inclusive os de natureza especial se são em comissão, jamais merecem adicional por insalubridade, periculosidade ou atividade penosa. Também sobre funções de direção, chefia e assessoramento não são calculados esses adicionais. Apenas

servidores ocupantes de cargos de provimento efetivo fazem jus a eles, nas condições da lei. (Parece claro, de resto, que dificilmente algum cargo em comissão será insalubre ou perigoso, ainda que não seja impossível a hipótese.)

Segunda conclusão: o trabalho em local insalubre, ou em contato com substâncias tóxicas ou radioativas, ou ainda sob risco de vida, há de ser habitual ou permanente, vale dizer, servidor que ocasionalmente precisa ter contato com substância tóxica ou radioativa, ou trabalhar sob momentâneo risco, este não merece o adicional que mereceria se o contato fosse rotineiro no desempenho de seu cargo. Habitualidade é a relação diária e constante do servidor, inerente às atribuições do seu cargo, com os fatores que ensejam a percepção do adicional.

Local (ou condição) insalubre de trabalho é aquele agressivo ou potencialmente nocivo ao organismo, em razão de fatores os mais diversos, como, por exemplo, poluição, frio ou calor demasiado, pressão hiperbárica, condições antiergonômicas, trabalho no subsolo, ou inúmeros outros ainda. Ademais, o contato permanente com tóxicos, elementos radioativos ou inflamáveis constitui também condição agressiva ao trabalho, que não pode ser tolerada como se nenhuma característica excepcional contivesse.

Essas são condições de trabalho que obrigam a Administração a cuidados especiais com relação a servidor que o presta, além do que ensejam atribuição de adicionais ao vencimento, cuja função é compensar financeiramente a circunstância excepcionalmente desfavorável, de uma ou de outra espécie, ao trabalho rotineiro.

II

É pouco comum na Administração, não resta dúvida, a existência de trabalhos insalubres, e mais ainda de perigosos, que apresentem risco de vida efetivo ao servidor. Essa espécie de atividade é muito mais frequente na indústria, especialmente do ramo químico, metalúrgico, elétrico, remanescendo menos comum em repartições públicas.

Existem algumas atividades na Administração federal, entretanto, que se podem considerar insalubres, penosas ou perigosas, sobretudo ao ar livre, no campo, em serviços braçais ou mecânicos, nos órgãos ou nas entidades que os mantenham normalmente. De qualquer modo não poderia a L. 8.112 furtar-se a disciplinar, ao menos nas suas grandes linhas, a atribuição dos adicionais de que trata a Subseção em foco.

O valor dos adicionais, o percentual respectivo, são matérias para o art. 70.

Fixa o § 1º que, caso o servidor mereça adicionais por insalubridade e por periculosidade, não poderá recebê-los ambos, devendo optar por apenas um, e evidentemente optará pelo maior. A inspiração deste dispositivo é da legislação trabalhista nacional.

Acontece que às vezes o serviço é ao mesmo tempo insalubre e perigoso, como seria o caso do fabrico de algum combustível tóxico, o qual, além do risco permanente de explosão, oferecesse o inconveniente de ser tóxico quando inalado. Neste caso apenas o maior adicional poderá ser percebido pelo servidor no desempenho de sua fabricação.

O § 2º do art. 68 demonstra claramente que jamais se incorporam ao vencimento os adicionais por insalubridade, periculosidade ou atividade penosa. Com efeito, esses adicionais deixam de ser atribuídos tão logo a condição excepcional que os ensejou cesse. Se, portanto, a Administração providencia, por qualquer meio, a eliminação das condições insalubres, penosas ou perigosas do cargo, o servidor, seu ocupante, deixa neste mesmo ato de merecer o adicional que antes recebia.

Se não se incorpora, não pode por outro lado ser computado para cálculo de quaisquer outras vantagens ou acréscimos, nem é transmitido para os proventos da aposentadoria nem da disponibilidade. Trata-se de vantagem eminentemente transitória, típica do serviço ativo e por isso destituída por completo da condição de permanência.

Sobre este tema, o DRH da SAF expediu sua Orientação Normativa n. 111.

Art. 69. Haverá permanente controle da atividade de servidores em operações ou locais considerados penosos, insalubres ou perigosos.

Parágrafo único. A servidora gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, das operações e locais previstos neste artigo, exercendo suas atividades em local salubre e em serviço não penoso e não perigoso.

I

Este artigo é parcialmente repetido pelo art. 72. Estabelece a obrigação de a Administração controlar e fiscalizar ininterruptamente o desempenho de atividades, por servidor federal, em locais considerados penosos, insalubres ou perigosos. Logo se denota da redação a necessidade premente de regulamentação do que sejam esses locais, de como assim os categoriza.

Enquanto não surge tal regulamentação, o DRH da Secretaria de Administração Federal expediu a Orientação Normativa n. 17, segundo a qual, para efeito de caracterização das atividades e dos locais a que se refere o art. 61, IV, da L. 8.112, continuam sendo observadas as normas pertinentes, aplicáveis aos trabalhadores em geral, observado o disposto nas Leis n. 7.923/89 e 7.995/90. Eis aí uma clara achega que a legislação privada presta à Administração federal.

A legislação aplicada aos “trabalhadores em geral” é aquela mencionada nos comentários ao artigo anterior. Trata-se de excelente legislação, em boa hora aproveitada para o plano da Administração pelo DRH da Secretaria de Administração Federal, ainda que para ali não se possa considerar definitiva sua aplicação, salvo se a própria lei estatutária o determinar. Enquanto não o faz, vale a excelente legislação sobre insalubridade para o âmbito privado apenas como socorro à L. 8.112.

Quanto às Leis n. 7.923/89 e 7.995/90, mencionadas na Orientação Normativa n. 17, fixam elas percentuais, sobre o vencimento, relativos a adicionais de periculosidade e de insalubridade, aos servidores que especifica. Nessa parte evidentemente é por completo inaplicável a legislação trabalhista àqueles servidores.

II

O parágrafo único do art. 69 fixa uma disposição que para o serviço público não deixa de ser bastante estranha.

Sabendo-se que existem poucos trabalhos insalubres ou perigosos na Administração Pública, e sabendo-se que a legislação trabalhista federal, embora não aplicável senão muito excepcionalmente ao servidor federal, proíbe o trabalho de mulheres em locais considerados insalubres ou perigosos (abrindo apenas uma exceção a esta proibição o art. 388 da CLT), muito mais estranhável será a L. 8.112 cuidar de mulher desempenhando atividade insalubre ou perigosa no serviço público federal, e em específico quando em gestação.

Seja como for, esta previsão prestigia os incs. XVIII, XX, XXII e XXIII, todos do art. 7º da Constituição Federal, privilegiando a mulher servidora em razão da maternidade.

Não é apenas durante a licença à gestante, de cento e vinte dias, que a servidora precisará ser afastada de trabalho insalubre, perigoso ou penoso, mas também enquanto no período de lactação que sucede à maternidade, e que tem duração superior ao quadrimestre da licença. Enquanto durar a lactação não poderá a servidora retornar à sua atividade em local insalubre ou perigoso, ou à atividade considerada penosa.

Compete sempre ao serviço médico oficial atestar até quando perdura a lactação de cada servidora, para efeito do previsto neste parágrafo único do art. 69.

Mas já decidiu oportunamente o TRF-2ª Região que em inexistindo laudo

pericial pressupõe-se a existência de boa-fé do servidor, de modo que “Verbas salariais referentes a adicional de insalubridade, pagas indevidamente por inércia da Administração em atualizar os laudos periciais devidos, e recebidas de boa-fé pelo servidor, estão resguardadas de possível exigência de devolução” (AMS n. 41.266, 4ª Turma, *DJ*, 31-10-2003).

Art. 70. Na concessão dos adicionais de atividades penosas, de insalubridade e de periculosidade, serão observadas as situações estabelecidas em legislação específica.

I

Este artigo poderia perfeitamente não existir, bastando para a L. 8.112 que o seu teor fosse acrescido ao *caput* do art. 68, complementar como lhe é.

Prevê o artigo simplesmente que para a concessão dos adicionais por atividades penosas, insalubres ou perigosas serão observadas as condições fixadas em legislação específica. Sua técnica não é de primeira qualidade. Lei que depende de lei pode vir a ter a desagradável surpresa de que a segunda a revogue, ou a modifique de tal forma que a desnature como antes concebida. Somente se concebe tal dependência se lei de hierarquia superior à ordinária, como lei complementar de organização, ou lei orgânica de Município, por exemplo, assim a determinar; em outro caso a surpresa da primeira lei pode ser absoluta.

Quer o artigo significar que, observados os mínimos fixados nos arts. 68 a 72, outras leis específicas para casos concretos estabelecerão todas as condições como serão atribuídos aos servidores federais os adicionais de que trata esta Subseção. Assim, percentuais sobre o vencimento, caracterização de locais e de atividades, normas de proteção e de fornecimento de equipamento individual de segurança de trabalho, tudo isso, e muito mais questões relativas à segurança do trabalho, fica por conta de outras leis, que não a L. 8.112.

O que se quer objetar à técnica da L. 8.112 neste momento é que, por meritória que seja a previsão dos adicionais constantes dos arts. 68 a 72, estes artigos, de tão dependentes de leis e decretos complementares, restam quase inúteis. Raras são com efeito as disposições, nos arts. 68 a 72, que possam ser aplicadas de imediato, como o podem previsões de inúmeras outras Seções e Subseções da L. 8.112.

Por legislação específica está o parágrafo único do art. 70 querendo significar não apenas leis formais, mas atos infralegais normativos, como decretos, portarias, circulares, orientações normativas, ordens de serviço, ou outros ainda, legitimamente aplicáveis dentro de seu âmbito de competência.

II

O DRH da Secretaria de Administração Federal expediu a Orientação Normativa n. 58, onde esclarece que os adicionais de insalubridade e de periculosidade continuam, no âmbito do serviço público federal, sendo pagos nos percentuais e nas condições legalmente estabelecidos na data de início de vigência da L. 8.112.

Não poderia ser diferente, ou se veria arriscada a Administração a ter de deixar de pagar os adicionais pela simples inovação da L. 8.112, enquanto não editada a nova legislação específica a que se refere o art. 70.

Art. 71. O adicional de atividade penosa será devido aos servidores em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, nos termos, condições e limites fixados em regulamento.

Apesar do excessivo laconismo da Subseção IV desta Seção, o art. 71 fornece importante definição ao intérprete: o que significa atividade penosa, para fim de atribuição do adicional.

Atividade penosa é aquela exercida em zonas de fronteira, ou em localidades

cujas condições de vida justifiquem aquela qualificação, dentro dos termos prefixados em regulamento. Ressalta-se a importância desse regulamento, uma vez que deve estabelecer, dentro da curta definição legal de atividade penosa, praticamente todas as condições como será atribuído o adicional pelo exercício respectivo.

Todo servidor que trabalha em região de fronteira, que geralmente é erma, deserta, desprovida de qualquer equipamento ou melhoramento urbano e que apenas exige a presença de servidor para exercer fiscalização das estradas nos limites do País, merece, em razão desta penosa situação em que deve trabalhar, o adicional por atividade penosa.

E especificamente sobre a definição de zona de fronteira assim já deliberou o STJ: "O conceito de zona de fronteira engendrado pelo legislador infraconstitucional (Lei n. 8.270/91 e Decreto n. 493/92), entendido como porção de terra destinada ao atendimento de imperativos aduaneiros e criminais, não se choca com aquele de assento constitucional (art. 20, § 2º — faixa de fronteira), sendo certo que somente os servidores que trabalham nas cidades localizadas naquela (zona de fronteira), conforme definição legal, têm direito à Gratificação Especial de Localidade" (REsp 203.311, 6ª Turma, *DJ*, 28-6-1999).

A segunda hipótese de atribuição do adicional por atividade penosa é pelo exercício do trabalho em localidade de precárias condições de vida e de existência. São inúmeras, incontáveis no Brasil, as localidades despovoadas e não servidas por transporte minimamente razoável, estradas, habitações condignas, equipamentos, e, por isso, onde qualquer trabalho precisa ser considerado excepcionalmente difícil em razão desta precariedade absoluta de meios.

Sabe-se que na Amazônia, por exemplo, existem imensas regiões praticamente desservidas de meios de transporte, e inteiramente desprovidas de qualquer equipamento urbano. Facilmente se compreende, então, a razão do cuidado especial que a lei emprestou ao exercício, pelo servidor federal, de seu

cargo em localidades como tais.

Sempre que realizado trabalho em locais com absoluta precariedade de condições, assim reconhecida em regulamento ou outro ato normativo autorizado pela L. 8.112, fará ensejar a percepção de adicional por atividade penosa.

Art. 72. Os locais de trabalho e os servidores que operam com Raios X ou substâncias radioativas serão mantidos sob controle permanente, de modo que as doses de radiação ionizante não ultrapassem o nível máximo previsto na legislação própria.

Parágrafo único. Os servidores a que se refere este artigo serão submetidos a exames médicos a cada 6 (seis) meses.

Este artigo cuida de uma espécie de insalubridade reconhecida na legislação trabalhista: o trabalho em contato com raios X e substâncias radioativas.

Justifica-se a particularização da lei, de um lado pela extrema generalização das radiografias no País e no mundo, e de outro pela excepcionalíssima característica das substâncias radioativas, cujo contato ou cujo trato habitual pode provocar malefícios à saúde de gravidade extrema, com iminente risco de vida.

Tão grave é o perigo ao cidadão exposto a radiações ionizantes que, regra geral, até sua aposentadoria é objeto de legislação especial, na qual o tempo de serviço necessário para obtê-la é inferior ao comum fixado para cargos não insalubres. A preocupação já tem início na própria Constituição Federal, na qual o § 1º do art. 40 admite que lei complementar estabeleça exceções à regra geral da contagem de tempo de serviço para o exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas. E a própria L. 8.112 também, no parágrafo único do art. 186, exclui da regra geral de aposentadoria dos demais servidores a hipótese de ela ser concedida em atividades gravadas por insalubridade ou perigo.

Fixa o *caput* do art. 72 que haverá controle permanente sobre os locais de trabalho e sobre a pessoa dos servidores que operem com substâncias radioativas, os quais precisarão ser submetidos a exames médicos, por juntas médicas oficiais, a cada período de seis meses. Somente através de tal rígido controle de sanidade física poderá a Administração certificar-se de que os profissionais em contato com aquelas substâncias não estão sendo por elas significativamente afetados, além do nível máximo previsto na legislação específica.

A legislação específica a que se refere o *caput* é evidentemente informada por critérios científicos os mais estritos e minuciosos, não cabendo evidentemente distinguir, para esse efeito, servidores públicos de empregados da iniciativa privada. O de que melhor faria a União aliás, e sempre neste tema de insalubridade, é, por lei, estender a aplicação das normas da medicina e da segurança do trabalho, de âmbito nacional, para todos os servidores abrangidos pela L. 8.112, como fez especificamente quanto a raios X.

Com efeito, não tem propósito a União despender tempo e dinheiro para elaborar uma legislação que já existe, de excelente qualidade, apenas porque originariamente concebida para o empregado da iniciativa privada.

O TRF-2ª Região, sobre a irredutibilidade do adicional por raios X, assim já decidiu: “A gratificação de raios X, no percentual de 40%, percebida pelo servidor inativo da área de saúde (dentista), não pode ser reduzida, com base no disposto na Lei n. 8.237/91, em respeito ao princípio do direito adquirido inserto no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal” (AC n. 222.410, 3ª Turma, *DJ*, 30-1-2003).

Subseção V

Do Adicional por Serviço Extraordinário

Art. 73. O serviço extraordinário será remunerado com acréscimo de

50% (cinquenta por cento) em relação à hora normal de trabalho.

Este artigo fixa a remuneração do serviço extraordinário prestado à Administração federal por servidor regido pela L. 8.112. A lei aqui observou a garantia constitucional mínima fixada no inc. XVI do art. 7º, estabelecendo que será de 50% com relação à hora normal de trabalho o acréscimo a ser pago, por hora de trabalho extraordinário, ao servidor federal.

Hora extraordinária de trabalho é aquela que excede a carga horária semanal do cargo, prescrita na lei. A L. 8.112 fixou no art. 19 a carga horária semanal normal de trabalho como de quarenta horas, salvo quando outra lei estabelecer duração diversa. Seja qual for a carga fixada para o trabalho, todo serviço exigido do servidor que exceda aquela carga horária legal deve ser classificado como extraordinário, para ensejar o pagamento de horas extraordinárias na forma do art. 73.

Decidiu sobre essa matéria o STJ: "Sendo o Adicional de Serviço Extraordinário uma contraprestação *propter laborem*, cessado o trabalho que lhe dá causa ou desaparecido o motivo excepcional e transitório que o justifica, extingue-se a razão de seu pagamento. Logo, não há como este ser incorporado à remuneração de servidor aposentado, porquanto ele somente é devido 'para atender a situações excepcionais e temporárias, respeitando o limite máximo de 2 (duas) horas diárias'. Inteligência do art. 104, da Lei Delegada n. 36/69 c/c art. 193, da Lei n. 6.107/94" (ROMS n. 11613-MA, 5ª Turma, *DJ*, 19-11-2001).

Quanto aos cargos de provimento efetivo, nenhuma novidade nem dificuldade de compreensão oferecem estas disposições. O problema surge quanto aos cargos em comissão, que foram objeto do parágrafo único do art. 19. Ali, conforme já se viu, está fixado que o servidor em comissão está sujeito, além de a outros deveres, àquela carga horária de quarenta horas semanais.

Conhecendo-se a realidade no serviço público, de todo âmbito, referente ao horário dos servidores em comissão, quase se pode classificar a previsão do

parágrafo único do art. 19 como modalidade de “hipocrisia legal”. A lei naquele momento cuidou, com efeito, apenas de aparência, porque aquela obrigação é muitas vezes impossível de ser cumprida e francamente anacrônica, quando não de todo inconveniente ao serviço público.

Seja como for, para dar exequibilidade ao art. 73, considerando-se a redação do parágrafo único do art. 19, precisará a Administração federal controlar e fiscalizar rigorosamente o cumprimento do horário dos servidores ocupantes de cargos em comissão, remunerando como hora extraordinária, com o acréscimo devido, todo aquele trabalho que exceder quarenta horas semanais ou a carga horária diferente que lhes foi fixada em outras leis que não a L. 8.112. A vantagem que este controle ou esta fiscalização possa acarretar ao serviço público é algo tão inexplicável quanto o ingresso de Pilatos no Credo, sendo mesmo que até sua real factibilidade é algo sumamente polêmico.

Somente seria plenamente exercitável o pagamento de horas extraordinárias aos servidores ocupantes de cargos em comissão se fosse efetivamente rígido o controle das horas que trabalhassem a cada dia, durante a semana e por todo o mês. Não o sendo, prejudicada restará qualquer tentativa de aplicação estrita da previsão do art. 73.

> *Art. 74. Somente será permitido serviço extraordinário para atender a situações excepcionais e temporárias, respeitado o limite máximo de 2 (duas) horas por jornada.*

Esta previsão visa coibir a indústria, tão frequente no serviço público, das horas extraordinárias.

É conhecido de todos o abuso que se pratica com relação ao trabalho extraordinário, de longa data, na Administração (e mesmo na iniciativa privada, sem embargo), o que até o evento da L. 8.112 era fato tanto mais grave quanto se sabia da incorporação, frequentemente determinada em ações trabalhistas, das

horas extras habituais ao salário dos antigos servidores contratados pela CLT, os quais hoje tiveram seu contrato, bem ou mal, repita-se, transformado em cargos.

As corriqueiras incorporações, determinadas pela Justiça do Trabalho, tumultuavam e rompiam de modo insanável a necessária relação de valores remuneratórios dos servidores, estabelecendo situações aberrantes e gritantemente injustas no âmbito do serviço público, onde passavam a existir motoristas, escriturários, ou outros agentes, a realizar função idêntica à de outros, e a ganhar, incorporados ao salário, valores muito maiores.

Semelhante aberração ensejava outras reclamações trabalhistas, que pleiteavam tratamento isonômico (a trabalho igual equivale salário igual), também frequentemente concedido. Dessa forma, não existia ordem nem organização possível na estrutura do serviço público; um erro cristalizado, e consolidado, era o início da balbúrdia e do caos.

Com a clara restrição que o art. 74 impõe ao exercício de horas extraordinárias de trabalho pelos servidores públicos, pretende a L. 8.112 coibir a manutenção daquele caos antigo, estabelecendo que apenas para atender a situações excepcionais e temporárias, observado o limite máximo de duas horas por jornada, poderá ser autorizado serviço extraordinário para os servidores.

Trata-se de restrição ainda não suficientemente severa, pois, se a Administração autorizar algum servidor a habitual prestação diária de duas horas extraordinárias, fatalmente desequilibrará a relação de valores remuneratórios entre ele e o seu semelhante, o que de algum modo estará sendo injusto.

Espera-se com isso que a autoridade federal proceda de modo espartano, com extrema austeridade e moderação, no autorizar horas extraordinárias a qualquer servidor. Apenas com uma interpretação estrita e restritiva aos exatos termos de excepcionalidade previstos nesse art. 74 conseguirá a Administração preservar a isonomia entre os servidores ocupantes de cargos iguais, mantendo-os diferentes daqueles merecedores de maior remuneração.

Regulamento deve fixar a competência de autorizar hora extra para servidor;

elas serão autorizadas a cada caso pela autoridade, nesses atos infralegais descritos como competentes para fazê-lo. Tais autoridades assumem evidentemente toda a responsabilidade por qualquer autorização de serviço extraordinário que não se enquadre no excepcional permissivo do art. 74.

O DRH da SAF expediu, sobre a matéria, a Orientação Normativa n. 100, e o Presidente da República expediu, sobre os arts. 73 e 74, mais de um regulamento.

Subseção VI

Do Adicional Noturno

Art. 75. O serviço noturno, prestado em horário compreendido entre 22 (vinte e duas) horas de um dia e 5 (cinco) horas do dia seguinte, terá o valor-hora acrescido de 25% (vinte e cinco por cento), computando-se cada hora como cinquenta e dois minutos e trinta segundos.

Parágrafo único. Em se tratando de serviço extraordinário, o acréscimo de que trata este artigo incidirá sobre a remuneração prevista no art. 73.

De inspiração nitidamente trabalhista, este art. 75 observou, de resto, a previsão do inc. IX do art. 7º da CF/88, estabelecendo que aquele serviço prestado desde as 22 horas de um dia até as 5 horas do dia seguinte será considerado noturno, e o seu prestador fará jus ao acréscimo horário de 25% sobre a hora diurna de serviço.

Além disso, cada hora noturna é menor do que a diurna, contendo, em vez dos 60 minutos que tem qualquer hora, apenas 52 minutos e 30 segundos.

Tradição antiga no direito brasileiro, a remuneração maior da hora noturna se deve à compreensível maior dificuldade que sua prestação acarreta ao servidor. É evidentemente mais difícil e penoso trabalhar à noite, varando a madrugada, do

que à luz do dia. Certos serviços, entretanto, como se sabe, exigem o trabalho ininterrupto de servidores, dia e noite, sem feriado, domingo ou folga. Tal não significa que o servidor não folgue nunca, mas apenas que o serviço não pode cessar.

No caso presente, cada 52 minutos e 30 segundos de serviço noturno valerão uma hora e 15 minutos de remuneração, considerada a hora normal de trabalho. Além do acréscimo remuneratório à hora normal, a hora, como se disse, é menor: por hora noturna, menor que a normal, paga-se mais que à hora diurna normal de trabalho, ao servidor regido pela L. 8.112.

Tratando-se de serviço extraordinário, somam-se os adicionais, ou seja: serviço extraordinário prestado das 22 horas às 5 horas da manhã vale 75% mais do que o serviço diurno normal, e cada hora do serviço noturno, extraordinário ou não, contém apenas 52 minutos e 30 segundos.

Semelhante privilégio do trabalhador, em horário extraordinário e noturno ao mesmo tempo, é também facilmente explicável. Não é tarefa simples, após trabalhar a jornada completa de trabalho, prosseguir à noite prestando serviço excepcional. A evidente sobrecarga de dificuldade faz merecer a compensação financeira.

Observa-se entretanto que o art. 75 emprega, no parágrafo único, a palavra “remuneração” com sentido genérico de paga por serviço executado, e não com aquele estrito sentido técnico previsto na L. 8.112, no art. 41. Adicional noturno e por serviço extraordinário com efeito não constituem nem podem constituir vantagens permanentes, pois, devidos apenas enquanto o servidor excepcionalmente os merece trabalhando ativamente naquela condição, não se podem incorporar ao vencimento nem se transmitir à aposentadoria ou à disponibilidade.

Subseção VII

Do Adicional de Férias

Art. 76. Independentemente de solicitação, será pago ao servidor, por ocasião das férias, um adicional correspondente a 1/3 (um terço) da remuneração do período das férias.

Parágrafo único. No caso de o servidor exercer função de direção, chefia ou assessoramento, ou ocupar cargo em comissão, a respectiva vantagem será considerada no cálculo do adicional de que trata este artigo.

I

O art. 76 verte para o plano da lei a disposição do inc. XVII do art. 7º da CF/88, que garante ao servidor público, por força do § 2º do art. 39 da Constituição, um adicional referente às férias anuais, correspondente a um terço da remuneração do período de férias. As férias do servidor estão cuidadas nos arts. 77 a 80 da L. 8.112.

Caso o servidor exerça função de direção, chefia ou assessoramento, ou ainda ocupe cargo em comissão, o adicional de férias levará em conta, para o respectivo cálculo, o valor da função ou do cargo em comissão. Significa a disposição que, independentemente da vontade do servidor, e de qualquer requerimento seu à Administração, esta lhe adiantará *ex officio*, antes de sair em gozo de férias, juntamente à remuneração do período de férias, um adicional sobre ela calculado, correspondente a um terço daquele valor.

Esta evidente prodigalidade com o dinheiro público se deveu a uma ordem constitucional, e não poderia a L. 8.112, que precisaria abordar o assunto, senão repeti-la no seu texto. É este mais um dos incontáveis direitos dos trabalhadores brasileiros, incluídos os servidores públicos, numa Constituição que praticamente a eles só assegura direitos, esquecendo-se de que normalmente um trabalhador tem também obrigações. Constitui forte incentivo à inatividade, como tantos outros dispositivos constitucionais e legais.

Mas não cabe ao legislador federal, agora, indagar do seu mérito, pois enquanto mantida na Constituição esta garantia ao servidor público a lei não pode dele subtraí-la. É, portanto, proibido ao servidor sair de férias sem antes receber a remuneração respectiva — entenda-se: é proibido *à Administração* determiná-lo —, que inclui o adicional de um terço sobre o valor correspondente ao período de férias considerado singularmente.

A disposição do parágrafo único é correta, pois não poderia a Administração desconsiderar, para este efeito de férias, o desempenho do servidor no cargo em comissão ou na função, se o considera para os demais efeitos na sua relação profissional. Assim, servidor ocupante de cargo em comissão tem o terço de acréscimo às férias calculado sobre a respectiva remuneração, o mesmo se dando quanto ao servidor que desempenhe função de direção, chefia ou assessoramento.

II

O DRH da Secretaria de Administração Federal expediu a propósito do adicional de férias duas Orientações Normativas, n. 9 e 62.

A Orientação Normativa n. 9 esclarece que o servidor amparado pelo art. 243 da L. 8.112 continua a contar, para efeito de férias, o tempo de serviço prestado sob a CLT, sem qualquer indenização, e na forma dos arts. 76 e seguintes da L. 8.112. Tal significa dizer que nenhum sobressalto ou exceção ocorreu quanto ao servidor que teve seu emprego, bem ou mal — repita-se outra vez ainda —, transformado em cargo. Todo o tempo que contava sob a CLT converte-se em tempo contado sob a L. 8.112, para fim de aplicação integral e plena nos arts. 76 a 80 da L. 8.112.

A Orientação Normativa n. 62 estabelece que o servidor que opera permanentemente com raios X ou substâncias radioativas merece o adicional de férias em relação a cada período de afastamento previsto no art. 79 da L. 8.112.

Esses períodos, conforme se examinará, equivalem a dois lapsos, de vinte

dias cada, por semestre de atividade profissional, o que a lei deferiu àqueles servidores em razão da insalubridade toda particular das suas atribuições. Cada qual desses períodos de vinte dias há, portanto, de ser considerado como tendo a natureza de férias, para efeito de atribuição do respectivo adicional previsto no art. 76.

Subseção VIII

Da Gratificação por Encargo de Curso ou Concurso(Incluída pela Lei n. 11.314, de 3-7-2006. Artigo modificado pela Lei n. 11.501, de 11-7-2007, resultante da conversão da MP n. 359, de 16-3-2007.)

Art. 76-A. A Gratificação por Encargo de Curso ou Concurso é devida ao servidor que, em caráter eventual:

I - atuar como instrutor em curso de formação, de desenvolvimento ou de treinamento regularmente instituído no âmbito da administração pública federal;

II - participar de banca examinadora ou de comissão para exames orais, para análise curricular, para correção de provas discursivas, para elaboração de questões de provas ou para julgamento de recursos intentados por candidatos;

III - participar da logística de preparação e de realização de concurso público envolvendo atividades de planejamento, coordenação, supervisão, execução e avaliação de resultado, quando tais atividades não estiverem incluídas entre as suas atribuições permanentes;

IV - participar da aplicação, fiscalizar ou avaliar provas de exame vestibular ou de concurso público ou supervisionar essas atividades.

§ 1º Os critérios de concessão e os limites da gratificação de que trata este artigo serão fixados em regulamento, observados os seguintes parâmetros:

I - o valor da gratificação será calculado em horas, observadas a

natureza e a complexidade da atividade exercida;

II - a retribuição não poderá ser superior ao equivalente a 120 (cento e vinte) horas de trabalho anuais, ressalvada a situação de excepcionalidade, devidamente justificada e previamente aprovada pela autoridade máxima do órgão ou entidade, que poderá autorizar o decréscimo de até 120 (cento e vinte) horas de trabalho anuais;

III - o valor máximo da hora trabalhada corresponderá aos seguintes percentuais, incidentes sobre o maior vencimento básico da administração pública federal:

a) 2,2% (dois inteiros e dois décimos por cento), em se tratando de atividades previstas nos incisos I e II do caput deste artigo;

b) 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento), em se tratando de atividade prevista nos incisos III e IV do caput deste artigo. (Alíneas a e b com redação dada pela Medida Provisória n. 359, de 16-3-2007.)

§ 2º A Gratificação por Encargo de Curso ou Concurso somente será paga se as atividades referidas nos incisos do caput deste artigo forem exercidas sem prejuízo das atribuições do cargo de que o servidor for titular, devendo ser objeto de compensação de carga horária quando desempenhadas durante a jornada de trabalho, na forma do § 4º do art. 98 desta Lei.

§ 3º A Gratificação por Encargo de Curso ou Concurso não se incorpora ao vencimento ou salário do servidor para qualquer efeito e não poderá ser utilizada como base de cálculo para quaisquer outras vantagens, inclusive para fins de cálculo dos proventos da aposentadoria e das pensões.

I

Este artigo foi incluído pela MP n. 283, de 23-2-2006, que depois foi convertida (com modificações) na Lei n. 11.314, de 3-7-2006, e instituiu em

favor do servidor regido pela L. 8.112 a *gratificação por encargo de curso ou concurso*. Posteriormente, a MP n. 359, de 16-3-2007 modificou o artigo, e a seguir essa MP foi convertida na Lei n. 11.501, de 11-7-2007, tornando definitiva a alteração.

É devida — obrigatoriamente, portanto, e não apenas facultativamente — sempre que o servidor trabalhar, em caráter eventual e não como atribuição rotineira de seu cargo, como instrutor em curso de formação, desenvolvimento ou aperfeiçoamento de pessoal (inc. I); ou como membro de banca examinadora ou de comissão para exames orais, ou como avaliador de currículos, ou para elaboração de questões de provas, ou como julgador de recursos de candidatos (inc. II); ou para quando participar de preparação e de realização de concursos públicos envolvendo as atividades previstas no inc. III, se não forem essas da competência originária de seu cargo; ou ainda, e por fim, na hipótese de ser designado para fiscalizar ou avaliar provas de exame vestibular ou de concurso público, ou para supervisionar essas atividades (inc. IV).

Trata-se de um elenco excessivamente casuístico de atribuições que, quando exercidas eventualmente e não por obrigação decorrente do próprio cargo, fazem o servidor merecer a gratificação fixada no *caput.* Teria sido mais racional manter a dicção da MP que instituiu este artigo em vez de particularizar tanto as atividades ensejadoras da gratificação do *caput*, por vezes até mesmo com risco de repetição, como quando confrontados os incs. II e IV; mas esta resultou, enfim, a redação final da lei que alterou a L. 8.112; espera-se que com estabilidade para o futuro.

II

Pelo § 1º o valor da gratificação será especificado em regulamentos próprios de cada Poder ou ente sujeito à regra, sendo que os parâmetros para tanto estão dados pelos incs. I a III do § 1º, e que são: a base de cálculo será a das horas trabalhadas nessa função excepcional (inc. I); observar-se-á o número máximo

de 120 horas anuais de trabalho, ressalvada situação excepcional, justificada e aprovada pelo dirigente máximo do órgão ou da entidade (inc. II), e o valor máximo por hora é o ditado pelas als. *a* e *b*, do inc. III, fixados em percentuais de 1,2 a 2,2%, calculados sobre o maior vencimento básico da Administração federal, e aplicável o percentual conforme se enquadre a atividade nos incs. I, II, III ou IV do *caput*.

III

O § 2º prevê que somente poderá ser paga a gratificação a que se refere o artigo se inexistir prejuízo das atribuições regulares do prestador. Caso não haja possibilidade de acumular durante o mesmo horário o desempenho de ambas as atribuições — o que é de resto mais do que compreensível —, então precisará haver compensação da carga horária, na forma prevista no § 4º, do art. 98, a ser comentado a seu tempo.

Isto faz concluir que, se por algum motivo não puder haver nem acumulação horária nem compensação de carga horária do cargo, então simplesmente não poderá o servidor ser designado para as atribuições a que se refere este artigo, ou estaria ocorrendo enriquecimento sem causa da Administração, e designação ao servidor de trabalho não remunerado, o que a L. 8.112 expressamente proíbe, no seu art. 4º.

Pelo § 3º, jamais se incorpora ao vencimento, para absolutamente nenhum efeito, a gratificação a que se refere este artigo, sendo mesmo rebarbativa e desnecessária a exemplificação que consta do texto.

É meritória a previsão, pois que remunera o servidor, ainda que sem possibilidade de incorporação, por uma função que não faz parte de seu cargo e se lhe afigura por completo estranha, com isso fazendo por exigir compensação financeira adequada.

O parâmetro “maior vencimento básico da administração pública federal” pode ser lido e aplicado por cada Poder ou entidade segundo os seus

vencimentos próprios, sem necessidade de outros Poderes observarem o que o Executivo paga como máximo, atitude que não faria muito sentido. A palavra *administração* neste caso não nos parece referir-se apenas ao Executivo, mas a toda a organização do serviço público federal.

Capítulo III

DAS FÉRIAS

Art. 77. O servidor fará jus a 30 (trinta) dias de férias, que podem ser acumuladas, até o máximo de 2 (dois) períodos, no caso de necessidade do serviço, ressalvadas as hipóteses em que haja legislação específica. (Caput com redação dada pela Lei n. 9.525, de 3-12-1997.)

§ 1º Para o primeiro período aquisitivo de férias serão exigidos 12 (doze) meses de exercício.

§ 2º É vedado levar à conta de férias qualquer falta ao serviço.

§ 3º As férias poderão ser parceladas em até três etapas, desde que assim requeridas pelo servidor, e no interesse da administração pública. (§ 3º incluído pela Lei n. 9.525, de 3-12-1997.)

I

O art. 77 cuida das férias anuais do servidor. Com a redação que lhe deu a Lei n. 9.525, de 3-12-1997, estabelece, *sic et simpliciter*, que fará jus o servidor a trinta dias de férias, as quais podem ser acumuladas até o máximo de dois períodos em havendo necessidade de seu serviço, ressalvadas as hipóteses consignadas em legislação específica, que poderão dispor diferentemente sobre o tema.

Por aquela mencionada lei, deixou de figurar do *caput* a palavra “consecutivos” como qualificadora dos dias de férias, o que significa que não precisam ser consecutivos os dias de férias, o que não deixa de ser estranhável e

profundamente antitécnico, já que não se concebem as eugênicas e restauradoras férias senão por dias consecutivos.

A redação deste art. 77 diferiu da do art. 84 da anterior Lei n. 1.711/52, onde se fixava que a cada ano o servidor gozaria obrigatoriamente trinta dias de férias. Aqui não existe a previsão de que os trinta dias correspondem a um ano de exercício, salvo para o primeiro período aquisitivo, já que o § 1º do art. 77 exige doze meses de exercício antes de o servidor merecer as primeiras férias.

A técnica do *caput* é profundamente esdrúxula, constituindo uma dessas modificações que pioram o que estava absolutamente correto: a cada ano de exercício corresponde um mês de férias. Não se tem a noção exata, agora, de que é realmente um ano o período aquisitivo de férias após o primeiro, pois não poderia a lei tê-lo omitido.

A prática da Administração é a de que após o primeiro período de férias os demais não mais se sujeitam ao período aquisitivo de um ano de exercício, necessário apenas para as primeiras férias do servidor; assim, pode o servidor voltar das primeiras férias e um mês depois sair em gozo das segundas, e após as primeiras o servidor merece uma *por exercício*, independentemente do mês em que sejam fruídas.

A lei, com efeito, permite essa leitura e essa aplicação. O problema pode eventualmente surgir com respeito às verbas devidas por ocasião de eventual demissão ou exoneração do servidor que já tenha gozado férias sem ter completado doze meses após a primeira — mas isso sempre tem solução por compensação de valores, e é desse modo que se resolvem semelhantes pendências.

As férias podem ser acumuladas até o máximo de dois períodos, sempre que o servidor, requerendo férias, as tenha indeferidas por necessidade de serviço. Existem hipóteses, entretanto, como as previstas no art. 79, em que as férias *não podem ser indeferidas*, sob qualquer alegação. Afora nesses casos, podem ser acumulados até dois períodos de férias.

É salutar que assim seja, uma vez que se conhecem, no âmbito do serviço público de outras esferas de governo, casos de servidores com direito a oito períodos de férias, ou a quatro períodos. Tal incúria e desmazelo na administração de pessoal, que por displicência ou mesmo má-fé permite que o servidor renuncie a um direito quase irrenunciável, de natureza eugênica e indispensável à sua saúde e à boa continuidade dos próprios serviços públicos, está expressamente proibido no âmbito do serviço público federal.

Se a Administração consentir em que o servidor acumule mais de dois períodos de férias, merecerá responsabilização a autoridade que o faça. Ainda sim, para acumular os dois períodos precisará o servidor ter tido indeferidas, expressamente por escrito, através de publicação no *Diário Oficial*, as férias que requereu.

O § 1º repete a estranheza contida no § 2º do art. 84 da Lei n. 1.711/52. Dá a entender que tão somente o primeiro período aquisitivo a férias é de um ano de exercício, e os demais não, podendo ser diferente a regra — e na prática, como se disse, de fato é. A teor, então, apenas da lei, só para o primeiro período de férias é que se exige o cumprimento de doze meses de exercício, podendo a Administração, em seguida a essas primeiras férias do servidor, conceder as demais por outro critério que não este, que pode ser, por exemplo, o cômputo do exercício financeiro, ou do ano civil, ou de outro lapso.

Desse modo, se o servidor iniciou o exercício em março, apenas em março do ano seguinte terá direito às suas primeiras férias; as segundas poderão, apenas a teor deste lacunoso art. 77, ser concedidas até dezembro do mesmo ano em que o servidor já gozou as primeiras férias. Trata-se de disposição terrivelmente mal redigida, que só pode prejudicar, por desorganizativa, a Administração do pessoal do serviço público federal.

Eis aqui um momento em que o legislador inovou e fez muito mal, enquanto em inúmeros outros momentos, onde deveria inovar para reparar os inconvenientes da lei anterior, repetiu-os na íntegra.

II

O § 2º, repetindo disposição de lei anterior, estabelece que é proibido levar à conta de férias qualquer falta ao serviço. Tal significa que faltas ao serviço, praticadas pelo servidor, não podem ser compensadas com a equivalente redução no período de férias. Devem as faltas ser descontadas, ou tratadas separadamente como faltas, e as férias, merecer o tratamento que lhes é reservado pela lei. Jamais faltas ao serviço se podem converter em férias, nem ser abatidas ou deduzidas do período de gozo destas.

Sobre isso assim decidiu importantemente o TRF-1ª Região: "O direito ao gozo de férias é garantido constitucionalmente a todos os trabalhadores, inadmitido o entendimento de que o afastamento do servidor, para tratamento de saúde, poderia impedir ou restringir o exercício de tal direito em período posterior ao aquisitivo. (...) A restrição imposta pela orientação normativa, contida no Ofício Circular 070/MARE, não encontra amparo legal, por ofender direito líquido e certo do impetrante" (AMS n. 1998.34.00.031235-5-DF, 1ª Turma, *DJ*, 16-6-2003).

O § 3º, incluído pela Lei n. 9.525/97, permite o parcelamento das férias em até três etapas, sempre (I) a pedido do servidor e (II) se conveniente para a Administração. Vale dizer que, se o servidor não pedir esse parcelamento, não pode a Administração lho impor; e se, tendo sido pedido o parcelamento, com isso não concordar a Administração — justificadamente, de preferência, porque esse ato de algum modo prejudica o servidor —, em qualquer dessas hipóteses não se dará o parcelamento em *até* três vezes. Pode ter sido pedido parcelamento em duas etapas, o que ensejará o mesmo regime de deferimento.

Não deixa de ser pouco comum parcelar férias em três vezes, sabendo-se que a prática nas empresas, contratantes pela CLT, muitas vezes é de inadmitir qualquer parcelamento por razões puramente organizacionais; mas na Administração o direito passou a ser bem diverso após a Lei n. 9.525/97.

É importante constatar que, à falta de qualquer limitação na lei, podem as até três parcelas das férias ser de até mesmo dois deles, de *um dia*, e o terceiro de vinte e oito. A lei não exige comportamento diverso da Administração, como poderia fazer, porém somente por isso não impede que os órgãos disponham internamente de modo a restringir períodos muito curtos, uma vez que desvirtuam por completo a finalidade eugênica e o propósito restaurador que têm as férias.

São, por exemplo, conhecidas regras internas que impedem a fruição de parcelas inferiores a dez dias, o que parece juridicamente admissível porque não vedado nem implícita nem explicitamente na lei, e de resto plenamente justificável no mérito.

Art. 78. O pagamento da remuneração das férias será efetuado até 2 (dois) dias antes do início do respectivo período, observando-se o disposto no § 1º deste artigo.

§ 1º (Revogado pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

§ 2º (Revogado pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

§ 3º O servidor exonerado do cargo efetivo, ou em comissão, perceberá indenização relativa ao período das férias a que tiver direito e ao incompleto, na proporção de 1/12 (um doze avos) por mês de efetivo exercício, ou fração superior a 14 (quatorze) dias. (§ 3º incluído pela Lei n. 8.216, de 13-8-1991.)

§ 4º A indenização será calculada com base na remuneração do mês em que for publicado o ato exoneratório. (§ 4º incluído pela Lei n. 8.216, de 13-8-1991.)

§ 5º Em caso de parcelamento, o servidor receberá o valor adicional previsto no inciso XVII do art. 7º da Constituição Federal quando da utilização do primeiro período. (§ 5º incluído pela Lei n. 9.525, de 3-12-1997.)

Este artigo foi convulsionado por nada menos que três leis: n. 8.216/91, n. 9.525/97 e n. 9.527/97. A desorientação do governo, autor dos projetos, foi a mais absoluta quanto ao direito pretendido. Na forma final, atual, estão revogados os §§ 1º e 2º, e vigorando os §§ 3º a 5º. O curioso é que nenhuma dessa leis modificou o *caput*, que continua se reportando ao *revogado* § 1º. A técnica do legislador neste passo poderia qualificar-se como horripilante.

O pagamento das férias é antecipado ao servidor, de modo que ele tenha recurso com que fruí-las proveitosamente. No máximo até dois dias antes de sair de férias o servidor receberá a importância equivalente ao período respectivo. Com a revogação dos §§ 1º e 2º, o artigo não mais se refere a abono de férias.

A Lei n. 8.216, de 13-8-1991, introduziu os §§ 3º e 4º na redação originária da L. 8.112.

Nesses parágrafos se estabelece que merecerá indenização proporcional ao número de meses, dentro do ano, o servidor *exonerado* de cargo efetivo ou em comissão, relativa ao período incompleto de férias a que adquiriu direito. Frações a partir de quinze dias valem, para este efeito, um mês (§ 3º). O valor-base para os cálculos será o da remuneração devida no mês em que se publicar o ato exoneratório (§ 4º).

Exoneração é modalidade voluntária de desligamento do servidor, não se confundindo com a compulsória demissão. Fixou a L. 8.112 que o servidor exonerado fosse merecedor de compensação por férias não fruídas, quer se tivesse completado o período aquisitivo, quer ainda não, diferentemente daquele demitido, desmerecedor do privilégio por último referido: indenização referente a período aquisitivo incompleto.

Se os exonerados merecem receber por período aquisitivo integral ou mesmo parcial, os demitidos apenas fazem jus, por leitura forçada deste dispositivo, a indenização por períodos integrais, eventualmente completados antes do ato demissório, pois esse é um direito adquirido por eles. A L. 8.112, que aqui não se referiu ao demitido, obriga entretanto a esta reflexão.

Observe-se ainda, a propósito, a limitação constante do art. 77 ao acúmulo de férias por servidor, determinado pela Administração por força de necessidade do serviço; nenhuma derrogação àqueles limites foi procedida pelo art. 78.

O § 5º, incluído pela Lei n. 9.525/97, fixa que o adicional constitucional de férias (CF, art. 7º, XVII, mandado aplicar ao servidor público pelo art. 39, § 3º), de um terço da respectiva remuneração, será pago na primeira parcela de férias, se forem elas parceladas, e não em outra parcela. Assim, seja de quantos dias for a primeira parcela, previamente à saída do servidor o adicional constitucional lhe deverá ser adiantado nessa ocasião, vedado que assim não seja.

Sobre o tema, v. Orientação Normativa n. 90 do DRH da SAF.

Decidiu o TRF-1ª Região: "1. Não sendo rotina da Administração atrasar o pagamento dos vencimentos dos seus servidores, eventual atraso no pagamento da remuneração das férias, malgrado a previsão do art. 78 da Lei n. 8.112/90, por constituir fato isolado, não justifica a imposição da obrigatoriedade de indenização, seja porque não comprovado o dano alegado, seja porque houve, logo em seguida, o pagamento na forma pretendida pelos autores. 2. À Administração Pública consulta, no interesse público, adiar, cancelar ou interromper eventual gozo de férias, o que não enseja, por falta de previsão legal, qualquer pretensão de ressarcimento pelo exercício regular do Poder Público, segundo a sua conveniência" (AC n. 01000119026-BA, 1ª Turma, *DJ*, 21-2-2000).

Art. 79. O servidor que opera direta e permanentemente com Raios X ou substâncias radioativas gozará 20 (vinte) dias consecutivos de férias, por semestre de atividade profissional, proibida em qualquer hipótese a acumulação.

Parágrafo único. (Revogado pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

Este artigo institui uma exceção à regra das férias trintenárias e anuais. Cuida

do servidor que opera permanentemente com raios X ou outras substâncias radioativas, o qual gozará obrigatoriamente — sendo expressamente proibida a acumulação — dois períodos de vinte dias cada, dentro de um ano, ou seja, vinte dias de férias pelo período de seis meses completos de serviço. Trata-se de vinte dias consecutivos, que não podem ser parcelados nem convertidos em abono pecuniário.

A exceção se deve ao fato, já conhecido e declinado, de que quem trabalha com raios X exige, para manutenção de sua saúde, atenção redobrada, talvez triplicada, por parte da Administração, já que todos conhecem os efeitos devastadores da radiação sobre a saúde humana.

Sendo extraordinariamente deletéria a radiação, não se exige cuidado apenas em relação ao equipamento com que o servidor opera, mas principalmente com a pessoa do servidor, que precisa, independentemente de sua vontade, de tempo em tempo afastar-se do serviço, sendo sua necessidade de afastamento muito mais premente que aquela relativa a um servidor em função burocrática.

Tendo sido revogado o parágrafo único pela Lei n. 9.527/97, não mais se fala em abono de férias também neste caso.

Art. 80. As férias somente poderão ser interrompidas por motivo de calamidade pública, comoção interna, convocação para júri, serviço militar ou eleitoral, ou por necessidade do serviço declarada pela autoridade máxima do órgão ou entidade. (Caput com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

Parágrafo único. O restante do período interrompido será gozado de uma só vez, observado o disposto no art. 77. (Parágrafo incluído pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

I

Foi modificado o *caput* deste artigo pela Lei n. 9.527/97, que além disso lhe acresceu o parágrafo único atual.

Este dispositivo enumera as hipóteses em que se admite a interrupção das férias do servidor público regido pela L. 8.112. Existem aí elencadas as seguintes hipóteses:

a) calamidade pública;

b) comoção interna;

c) convocação para júri;

d) serviço militar ou eleitoral, e

e) necessidade de serviço, declarada pela autoridade máxima do órgão ou entidade.

Na primeira hipótese, se o Presidente da República decretar o País em estado de calamidade pública, ou se a autoridade competente local decretar estado de calamidade pública na localidade onde exista repartição federal, ficará a Administração autorizada a publicar no *Diário Oficial* a interrupção das férias de servidores públicos, convocando-os a voltar ao serviço ativo.

Na segunda hipótese, comoção interna, pode ela ser guerra, guerrilha, perturbação da ordem ou outra situação não propriamente de calamidade, mas na qual a ordem pública esteja seriamente abalada por fatos cuja natureza pode ser a mais diversa, e cuja eventual culpa não cabe indagar para os efeitos deste dispositivo.

A terceira razão para convocação do servidor em férias, pela Administração, é quando esta recebe do Poder Judiciário notificação para que ele compareça ao júri, para servir como jurado. Neste caso se justifica a publicação daquela notificação no *Diário Oficial*, interrompendo as férias do servidor. Hipótese semelhante é a quarta, em que o serviço militar, ou a Justiça Eleitoral, convoquem através da Administração o servidor acaso em gozo de férias. Neste caso, semelhantemente, deverá a Administração publicar na imprensa a

convocação do servidor, para que reassuma o exercício e interrompa suas férias.

O último motivo elencado pelo art. 80, de interrupção de férias de servidor, dado pela Lei n. 9.527/97, é relativo à necessidade de serviço declarada pela autoridade máxima do órgão ou da entidade a cujo quadro pertença o servidor.

Aqui o leque das possibilidades se abre até o infinito, pois com efeito não têm fim as hipóteses de necessidade de serviço que justifiquem a convocação, pela Administração, do servidor, para que interrompa suas férias e regresse ao serviço ativo. Seja qual for o motivo, a premência do motivo de necessidade do serviço do servidor há de estar sempre declinada na publicação convocatória do servidor, expressamente justificada, sob pena de invalidado de pleno direito o ato convocatório. Assim não fosse, toda a sorte de abusos e arbitrariedades contra o repouso do servidor estaria sendo propiciada e largamente favorecida.

Quanto à autoridade a declarar aquela necessidade de serviço, será o dirigente máximo do órgão, como o Ministro de Estado, o presidente do órgão judiciário respectivo, o presidente do Tribunal de Contas, o chefe do órgão respectivo do Ministério Público, o superintendente ou o presidente da autarquia ou da fundação, por exemplo, e não o chefe da unidade administrativa subordinada àquela chefia máxima, porque unidade administrativa, para os claros efeitos da L. 8.112, *não é órgão.* Por mais controvertida que seja a teoria dos órgãos públicos, fica evidente a ordem da lei neste momento, ao se referir a “autoridade máxima”.

É felizmente raro o ensejo de a Administração valer-se de qualquer dos motivos elencados no art. 80 para interromper férias regulares de servidor. Se as férias são instituídas como repouso e descanso, necessário ao servidor e benéfico ao serviço, não pode ficar à mercê de periclitações arbitrárias, de convocações com pouca fundamentação, sem necessidade mais emergente. Somente se justifica a convocação excepcional na estrita e bem caracterizada hipótese de ocorrer algum dos motivos relacionados no art. 80, e deve ser *cum grano salis* o seu exercício pela Administração.

II

O parágrafo único fixa que, se houver interrupção, o restante do período interrompido deverá ser fruído de uma só vez, observado o art. 77. *Período* neste caso não é a parcela de férias, mas o lapso integral, de trinta dias, é o que se conclui da remissão ao art. 77, e com isso, se o servidor parcelou suas férias, e se durante a fruição da primeira parcela as férias são interrompidas, o que se lê da lei é que fica cancelado o parcelamento a partir do momento em que o servidor retorne ao gozo das férias, devendo então fruir não apenas o resto da parcela interrompida, porém *todo o resto do período trintidial*, cancelando-se o anterior parcelamento — e isso significa que a interrupção das férias pode-se dar *apenas uma vez* por ordem da Administração.

Justifica-se eugenicamente a regra, uma vez que não teria muito sentido permitir mais de uma interrupção, de férias que ademais podem já ter sido parceladas por acordo servidor-Administração, ou de outro modo se desnaturariam por completo as próprias férias, sujeitas a tantas acidentalidades.

Porém, ainda que claro para nós, não deixa de ser estranhável esse direito quando aplicado às outras hipóteses de interrupção que não a necessidade de serviço, previstas no *caput*, uma vez que essas não dependem da vontade da Administração, mas de fatores estranhos a ela. Deveria o parágrafo único, parece, ter obrigado o servidor a gozar de uma só vez todo o restante do período interrompido apenas na hipótese de interrupção de férias *por necessidade de serviço*, e não ter sido tão genérico como foi.

III

Sobre férias, e em especial sobre os arts. 77 a 80, o DRH da Secretaria de Administração Federal expediu diversas Orientações Normativas de interesse, dentre as quais as de n. 7, 13, 19, 20, 24, 33, 46 e 62.

DAS LICENÇAS

Seção I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 81. Conceder-se-á ao servidor licença:

I - por motivo de doença em pessoa da família;

II - por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro;

III - para o serviço militar;

IV - para atividade política;

V - para capacitação; (Inciso V com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

VI - para tratar de interesses particulares;

VII - para desempenho de mandato classista.

§ 1º A licença prevista no inciso I do caput deste artigo bem como cada uma das suas prorrogações serão precedidas de exame por perícia médica oficial, observando o disposto no art. 204 desta Lei. (Redação dada pela Lei n. 11.907, de 2-2-2009).

§ 2º (Revogado pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

§ 3º É vedado o exercício de atividade remunerada durante o período da licença prevista no inciso I deste artigo.

I

Este artigo, modificado pela Lei n. 9.527/97 e posteriormente também pela Lei n. 11.907/2009, consigna as sete espécies de licenças que podem ser deferidas ao servidor regido pela L. 8.112: doença; afastamento do cônjuge ou companheiro; serviço militar; atividade política; para capacitação; interesses particulares e desempenho de mandato classista. Este rol não admite ampliações, inexistindo outras licenças. Desapareceu em boa hora a figura da licença-prêmio por assiduidade, uma ridicularia que custa crer possa existir em país civilizado, e

que premiava quem simplesmente comparecia ao serviço.

São disciplinadas aquelas licenças de que trata o artigo nos arts. 83 a 92 da L. 8.112. Não se confundam licenças com afastamentos, que são direitos diversos do servidor, cuidados nos arts. 93 a 96 da L. 8.112.

As licenças, conforme se irá examinar, são devidas com prejuízo de remuneração ou sem prejuízo, e por prazo certo ou indeterminado, variando esses característicos conforme a natureza de cada qual. Também as licenças podem ser direito garantido ao servidor ou faculdade discricionária atribuída à Administração, não se garantindo àquele, nesse caso, a sua fruição.

Combate-se na verdade até mesmo o excessivo número de direitos ao servidor, como estas licenças, muitas das quais não têm similar no regime trabalhista ainda existente no serviço público, bem como na iniciativa privada. Alega-se com frequência que as leis estatutárias deferem um grande número de vantagens aos servidores que abrangem, sem paralelo na iniciativa privada, o que discriminaria com forte desfavor o empregado da última.

II

Sobre licenças o DRH da Secretaria de Administração Federal expediu a Orientação Normativa n. 16, segundo a qual qualquer licença que, em 12 de dezembro de 1990, estivesse sendo fruída nos termos da Lei n. 1.711/52, é considerada convertida na sua correspondente, prevista na L. 8.112, vigorando os efeitos financeiros respectivos a partir de 1º de janeiro de 1991.

Tal foi a maneira que aquele órgão central de Administração dos servidores federais encontrou para compatibilizar as novas licenças, estabelecidas na L. 8.112, com as antigas licenças, cuja fruição estava em curso em dezembro de 1990, de modo a poder mantê-las segundo a nova lei. Não lhe cabia, de resto, alternativa racional a semelhante atitude.

III

Quando a L. 8.112 não discrimina o servidor efetivo daquele em comissão para efeito de conceder-lhe licenças, e quando não o faz expressamente, como no § 2º do art. 83, por indevido que pareça não se pode discriminá-lo. *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

Se a lei generalizou o direito a qualquer servidor, também aqueles nomeados em comissão, à falta de exclusão expressa da lei, sendo servidores, merecem as licenças de que trata o Capítulo IV deste Título. Se este efeito não foi previsto ou desejado pelo legislador, o fato é que foi produzido, e agora prevalece a *mens legis* sobre o que talvez tenha sido a *mens legislatoris*.

IV

Fixa o § 1º do art. 81 que, para fazer jus a licença por doença em pessoa de sua família, bem como para obter prorrogações da licença, precisará essa pessoa ser examinada previamente, por médico ou junta médica oficial, que ateste referida doença. A Lei n. 11.907/2009 mandou ainda aplicar à espécie o art. 204 que essa mesma lei modificou e que será a seu tempo comentado.

A Orientação Normativa n. 25 do DRH da Secretaria de Administração Federal estabelece que aquele exame médico poderá ser efetuado por junta médica oficial, ainda que não federal, podendo ser estadual, municipal ou do Distrito Federal, bastando que seja oficial, isto é, pertencente ao serviço público. Tal exame deverá evidentemente ser requisitado pelo servidor familiar do doente que tenha interesse em licenciar-se para dele cuidar, ou acompanhá-lo em seu estado excepcional.

Revogado o § 2º pela Lei n. 9.527/97, prevê o § 3º do artigo que é proibido ao servidor, licenciado por motivo de doença em pessoa de sua família, exercer qualquer atividade remunerada enquanto dure a licença. Significa isto que, tendo a Administração conhecimento de que o servidor licenciado com base no inc. I do art. 81 está, durante a licença, exercendo qualquer tipo de atividade remunerada, a qual evidentemente não poderia exercer se estivesse no serviço

ativo, determinará a cassação da licença e o seu regresso à ativa.

Compreende-se o motivo de semelhante previsão, uma vez que não é lícito admitir que o servidor se beneficie de uma benevolência da lei, e da boa vontade da Administração, para auferir vantagem que se lhe acumule, impossível não fora a licença concedida. A lei neste ponto visa, desde logo, coibir o *golpismo* que a concessão de uma licença por motivo medicinal poderia ensejar.

Art. 82. A licença concedida dentro de 60 (sessenta) dias do término de outra da mesma espécie será considerada como prorrogação.

A razão de ser deste dispositivo é evitar que o servidor, após fruir toda uma licença, regresse à ativa, depois mantenha o exercício por alguns poucos dias e a seguir requeira outra licença igual. Sessenta dias foi o prazo julgado razoável pela lei para descaracterizar um possível abuso pelo servidor com relação à boa-fé, e à boa vontade, da Administração, esse sendo o prazo fixado no artigo.

Caso requerida uma licença igual à que foi recentemente fruída (há menos de 60 dias), e sendo deferida, a segunda será considerada *prorrogação* da primeira, e não nova licença, autônoma, para efeitos como, por exemplo, o previsto no § 2º do art. 83.

A inspiração deste artigo parece ter sido, outra vez, trabalhista, bastando-se examinar o art. 452 da CLT.

O DRH da SAF exarou sobre a questão a Orientação Normativa n. 98.

Seção II

DA LICENÇA POR MOTIVO DE DOENÇA EM PESSOA DA FAMÍLIA

Art. 83. Poderá ser concedida licença ao servidor por motivo de doença do cônjuge ou companheiro, dos pais, dos filhos, do padrasto ou madrasta e enteado, ou dependente que viva a suas expensas e conste do

seu assentamento funcional, mediante comprovação por perícia médica oficial. (Redação dada pela Lei n. 11.907, de 2-2-2009.)

§ 1º A licença somente será deferida se a assistência direta do servidor for indispensável e não puder ser prestada simultaneamente com o exercício do cargo ou mediante compensação de horário, na forma do disposto no inciso II do art. 44.

§ 2º A licença de que trata o caput, incluídas as prorrogações, poderá ser concedida a cada período de doze meses nas seguintes condições:

I – por até 60 (sessenta) dias, consecutivos ou não, mantida a remuneração do servidor; e

II – por até 90 (noventa) dias, consecutivos ou não, sem remuneração.

§ 3º O início do interstício de 12 (doze) meses será contado a partir da data do deferimento da primeira licença concedida.

§ 4º A soma das licenças remuneradas e das licenças não remuneradas, incluídas as respectivas prorrogações, concedidas em um mesmo período de 12 (doze) meses, observado o disposto no § 3º, não poderá ultrapassar os limites estabelecidos nos incisos I e II do § 2º. (Redação dos §§ 2º a 4º dada pela Lei n. 12.269, de 21-6-2010.)

Aqui a L. 8.112, em artigo que havia sido modificado por inteiro pela Lei n. 9.527/97, viu-se outra vez modificada, desta vez pela Lei n. 12.269/2010, para com esta nova redação disciplinar o inc. I do art. 81.

Estabelece a faculdade de a Administração conceder licença ao servidor por motivo de doença na pessoa de seu cônjuge ou companheiro, ou dos seus pais, ou dos seus filhos, ou do padrasto, da madrasta ou de enteado, ou ainda de dependente que viva às expensas do servidor e que conste do seu assentamento funcional, tudo conforme necessidade atestada por perícia médica oficial.

De início, a prova do parentesco, da afinidade ou da dependência pode ser produzida por qualquer documentação admissível em direito.

Observa-se que não apenas o marido ou a mulher formalmente casados ensejam a concessão da licença, mas também o cônjuge informalmente constituído, dito na lei companheiro, a faz merecer, caso se adoente e perícia médica oficial o ateste.

Além do cônjuge ou companheiro, também enseja a licença doença dos pais do servidor, como de seus filhos de qualquer condição, como ainda de seu padrasto ou de sua madrasta, bem como de qualquer seu dependente assim registrado em seu assentamento funcional, e como ainda de quaisquer enteados que tenha (filhos adotivos ou naturais, filhos de criação), tudo atestado por perícia médica oficial.

Pelo § 1º, a licença apenas será deferida caso os associados que a lei elenca sejam efetivamente dependentes da assistência direta do servidor, e essa assistência comprovadamente não possa ser prestada, nem sequer com compensação de horário, caso o servidor não se licencie.

Observa-se que, por mais vinculante que a lei pareça, na verdade é discricionário o julgamento, pela perícia médica sobretudo mas também pela autoridade competente para licenciar, da verdadeira dependência que o parente doente mantém com relação ao servidor. Nunca é inteiramente objetivo o julgamento dessa dependência, dele participando, por menos que se deseje, fatores íntimos, pessoais, da autoridade superior, porém sobretudo da junta médica envolvida na perícia.

Tudo isso configura uma faculdade da Administração, aquela de conceder ou não a licença, convencida ou não da legitimidade dos seus motivos. Para o servidor, a única possibilidade de obtê-la é demonstrando cabalmente que seu parente ou afim, doente, dele depende durante o horário de expediente na repartição, de modo a tornar impossível o exercício e a assistência simultâneos nem mesmo com horários alterados a serem compensados.

Com todo efeito, pela redação da lei neste momento não nos parece vinculante da vontade da autoridade o parecer da perícia médica, por exemplo

por insuficientemente fundamentado, ou por inexato de algum modo, no justificado entender daquela autoridade. A tendência jurisprudencial há de favorecer o servidor em tais hipóteses, porém antes, parece, por razões humanitárias que puramente jurídicas.

Pelo § 2º, com redação dada pela Lei n. 12.269/2010, a licença de que trata o artigo tem prazo máximo predeterminado, que é de 60 (sessenta) dias com remuneração integral conforme inc. I deste § 2º, e de 90 (noventa) dias, conforme inc. II, sem remuneração. Mudou a redação anterior para uma forma pouco compreensível, só parecendo fazer sentido a leitura de que, se a licença for de até 60 dias, consecutivos ou não (somando-se nesse caso os períodos inferiores a 60 até se totalizar esse número), a licença será remunerada, e o que exceder esses 60, até no máximo mais 30 dias, não terá remuneração. Lida de outro modo a regra, parece que, se o servidor gozar 61 dias, não terá remuneração alguma, o que carece por completo de sentido quando a lei lhe assegura que os primeiros 60 dias serão remunerados.

Não será concedida nem prorrogada para além de 90 dias, devendo o servidor, nesse caso, decorrido esse prazo máximo, retornar ao exercício, pena de processo administrativo por inassiduidade habitual ou até por abandono de cargo, na forma da lei. Mudou outra vez o direito anterior, que já havia sido radicalmente alterado.

Anteriormente à Lei n. 12.269/2010, não se concedia licença por motivo de doença em pessoa da família de servidor ocupante de cargo em comissão, por expressa proibição do § 2º do art. 83, porém essa distinção caiu com a nova lei de 2010, e também os servidores em comissão se beneficiam desta licença.

A lei deixou portanto de restringir esse direito a ocupantes de cargos de provimento efetivo, numa manobra sem dúvida humanitária mas que exigirá da Administração agilidade na substituição do servidor em comissão licenciado, eis que o cargo permanece juridicamente ocupado e não vago, não permitindo nova nomeação durante a licença, mas tão só, como se disse, substituição, ou então

designação “interina” de alguém para responder pelo cargo em comissão.

O § 3º do artigo foi alterado pela Lei n. 12.269/2010, e prescreve que o interstício de doze meses se inicia na data do deferimento da primeira licença concedida, ou seja, delimita o marco inicial daquele interstício, que de outro modo poderia ser tido como sendo o dia do fim de alguma licença dentro do período, leitura essa que a nova lei de pronto afasta.

Mesmo com a alteração deste art. 83 pela Lei n. 12.269/2010, foi mantida a regra de que não será concedida nova licença — naturalmente a licença a que se refere o *caput*, e não de outra espécie ou natureza, pois o art. 83 cuida de apenas uma específica licença, e não espraiou seus efeitos para além dela —, antes de decorridos doze meses, desta vez, do *início* de alguma idêntica que tenha sido concedida dentro do período ânuo. Trata-se de um dispositivo limitador da repetição incondicionada desta licença específica, que inexistia no direito remotamente anterior.

E por fim o novo § 4º, acrescido pela Lei n. 12.269/2010, chove no molhado, simplesmente repetindo em outras palavras o direito que já estava escrito ao início do artigo, relativamente aos limites temporais da licença a que se refere este art. 83. Inexistisse esse dispositivo, parece que nenhuma diferença faria quanto ao direito que envolve e delimita. O legislador brasileiro frequentemente, como aqui, *repete* certas regras na mesma lei, temendo talvez que se for escrita uma só vez seja descumprida, e como se o simples repetir garantisse a sua observância.

Seção III

DA LICENÇA POR MOTIVO DE AFASTAMENTO DO CÔNJUGE

Art. 84. Poderá ser concedida licença ao servidor para acompanhar cônjuge ou companheiro que foi deslocado para outro ponto do território nacional, para o exterior ou para o exercício de mandato eletivo dos

Poderes Executivo e Legislativo.

§ 1º A licença será por prazo indeterminado e sem remuneração.

§ 2º No deslocamento do servidor cujo cônjuge ou companheiro também seja servidor público, civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, poderá haver exercício provisório em órgãos ou entidade da Administração Federal direta, autárquica ou fundacional, desde que para o exercício de atividade compatível com seu cargo. (§ 2º com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

I

Cuida este artigo, também modificado pela Lei n. 9.527/97, da licença para acompanhamento de cônjuge de servidor, que não se confunde com a licença prevista no artigo precedente. Esta pode ser *facultativamente* deferida pela Administração ao servidor cujo cônjuge ou companheiro tenha sido deslocado para outro ponto do território nacional, para o exterior ou para exercício de mandato eletivo dos Poderes Executivo ou Legislativo, *sendo o cônjuge servidor público ou não* (e nesse sentido a Orientação Normativa n. 78 do DRH da Secretaria de Administração Federal). Neste ponto a L. 8.112 inovou.

Confirmando a L. 8.112, já decidiu o TRF-4ª Região, sobre este assunto, que "O funcionário público tem direito líquido e certo de obter a licença para acompanhar seu cônjuge, amparado no princípio constitucional da proteção à família e à criança (art. 226 e art. 227 da CF/88), bem como no art. 84, § 1º e § 2º, da Lei n. 8.112/90" (REO n. 9604363417-RS, 4ª Turma, *DJ*, 9-12-1998).

A razão de ser do artigo é possibilitar ao servidor manter seu lugar, seu cargo, no serviço público federal, enquanto seu cônjuge é deslocado para localidade diversa da sede de lotação do primeiro, que pode ser até mesmo no exterior. Além desse deslocamento, também a hipótese de o cônjuge do servidor eleger-se Vereador, Prefeito, Governador, Deputado Federal, Estadual ou

Senador, de modo que esse mandato eletivo implique mudança de domicílio, pode ensejar a concessão da licença por motivo de afastamento do cônjuge.

Devido à natureza desta licença, será ela sem remuneração alguma, e, fixa também a lei, por prazo indeterminado. Pode ocorrer, com efeito, de o afastamento do cônjuge prolongar-se indefinidamente no tempo; e não será justo em hipótese alguma remunerar-se o servidor afastado por liberalidade da Administração, o que se faria, naturalmente, com dinheiro público.

Não é direito líquido e certo do servidor a obtenção da licença. Esta poderá ou não, a juízo exclusivo da Administração, ser concedida. Em certo aspecto se assemelha esta licença àquela concedida para tratar de interesses particulares, uma vez que o interesse público na concessão de ambas parece ser o mesmo. O que poderá ocasionalmente ocorrer para o requerente é ter interesse maior em uma ou em outra, a cada momento distinto.

E sobre a proteção à família, importante assentamento constitucional, decidiu o TRF-5ª Região que "Para se proceder à transferência do servidor público há que estar evidenciado o real interesse da administração, nos termos da Súmula n. 149, do então egrégio TFR. O emprego do cônjuge e as enfermidades da genitora e do filho do impetrante reforçam o entendimento de que o ato transferidor não pode prevalecer, em detrimento da unidade familiar (art. 226/CF — A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado)" (AMS n. 1.729/CE, Rel. Min. José Delgado, 2ª Turma, *DJ*, 13-8-1990).

II

O § 2º do art. 84, alterado pela Lei n. 9.527/97, prevê a hipótese de ocasional *exercício provisório do cônjuge de servidor federal deslocado*, sendo esse cônjuge também servidor federal. Deixou com isso a lei de mencionar o instituto da *lotação*, que existia antes e que obviamente não era adequado para esta hipótese, uma vez que lotação pressupõe a ocupação de algum cargo, e o exercício provisório diz respeito tão só ao mero exercício de uma atividade, sem

a necessária existência de cargo a ser lotado.

Explica-se a medida pela intenção legal de não prejudicar a união familiar e a coexistência de um casal de servidores federais, o que a Administração *poderá* deferir — não é obrigada — em caso de deslocamento de um servidor cujo cônjuge ou companheiro também seja servidor público, civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Para acompanhar o servidor deslocado poderá o seu cônjuge, também servidor federal, segui-lo até a localidade para onde aquele foi deslocado, tendo para isso exercício temporário em algum órgão público federal.

Mas não é tão simples o mecanismo engendrado pela lei, e é de duvidar que o legislador, antes ou após a Lei n. 9.527/97, se tenha dado conta do alcance das implicações deste aparentemente tão singelo § 2º.

O exercício provisório, primeira consideração, se dará apenas em órgãos ou entidades da Administração direta, autárquica ou fundacional da União, uma vez que jamais a União poderia obrigar os outros entes federados a darem exercício, provisório ou não, a servidores federais.

Não se vislumbra, de outro modo, como um órgão poderia impor a outro órgão, por vezes de outro Poder, que aceite em exercício provisório algum servidor seu, e que seja cônjuge de servidor deslocado. Parece que nesses casos a "diplomacia" entre as duas chefias envolvidas terá papel imprescindível, pois que nenhuma autoridade federal tem competência ou autoridade para impor a outro órgão aceitar um servidor seu, mesmo em exercício provisório, até porque poderá simplesmente inexistir atividade compatível, como exige a lei.

Em qualquer caso, o exercício provisório, repita-se, se for obtido recairá sobre atividade compatível com a desenvolvida pelo servidor beneficiário, e nesse momento a lei não fala em cargo, mas simplesmente em atividade compatível, porque o servidor deslocado para acompanhar o cônjuge não ocupará nenhum cargo no quadro do ente onde tiver exercício provisório, mas apenas ali exercerá uma atividade.

Para isso a lei se modificou para eliminar a menção a *lotação*, que existia no dispositivo anteriormente à Lei n. 9.527/97, e que se revelava de patente impropriedade ante a técncia de Administração Pública.

O órgão ou a entidade sede do exercício provisório poderá ser o mesmo para onde foi deslocado o primeiro servidor, por exemplo, o mesmo Ministério ou a mesma autarquia federal, e nesse caso fica mais simples a acomodação do seu cônjuge para aí ter exercício provisório, ou poderá ser outro órgão federal que exista na mesma localidade para onde foi deslocado o primeiro servidor.

Neste último caso precisará entrar em cena a tratativa "diplomática" antes referida, ou de outro modo, repita-se, não se imagina como poderá ser imposta a aceitação do cônjuge, mesmo em exercício provisório, em órgão que não mantenha atividade que lhe seja compatível, ou mesmo por outra razão a critério do responsável por esse órgão.

A lei apenas instituiu a figura do exercício provisório, autorizando-a no plano da União; daí, entretanto, não decorre para os servidores envolvidos a garantia de que se poderão valer desse instituto, como já decidiu o STJ, nestes termos: "Tendo a servidora, ora recorrida, preenchido os requisitos necessários à concessão da licença, não há por que se falar em infringência à lei federal, já que a norma contida no art. 84, da Lei n. 8.112/90, não se enquadra no poder discricionário da Administração, mas sim nos direitos elencados do servidor" (REsp 287.867-PE, 5ª Turma, *DJ*, 13-10-2003).

Seção IV

DA LICENÇA PARA O SERVIÇO MILITAR

Art. 85. Ao servidor convocado para o serviço militar será concedida licença, na forma e condições previstas na legislação específica.

Parágrafo único. Concluído o serviço militar, o servidor terá até 30 (trinta) dias sem remuneração para reassumir o exercício do cargo.

Extremamente lacônico e despreocupado, este art. 85 apenas estabelece que, quando o servidor for convocado para prestar serviço militar, ou para qualquer obrigação militar que daquela forma possa ser denominada, ser-lhe-á obrigatoriamente concedida a licença, remetendo no mais a lei todas as condições pertinentes à legislação específica, que disciplina a prestação do serviço militar obrigatório no País. Natural que, sendo o serviço militar um dever do cidadão brasileiro, não lhe prive a Administração federal de seu cargo quando e se, já servidor, for o cidadão convocado para cumpri-lo.

O parágrafo único do art. 85 fixa o prazo máximo de trinta dias, sem remuneração enquanto durar, deferido ao servidor para que reassuma o exercício do cargo tão logo encerre a prestação do serviço militar que ensejou o afastamento. Dali se entende que a remuneração do servidor afastado para prestar serviço militar será paga se e como estabelecido na legislação militar específica, disso se desonerando a Administração direta, autárquica ou fundacional pública federal.

O interesse do servidor que se desligue do serviço militar, portanto, parece ser o de retornar o quanto antes para a ativa, pois somente então voltará a perceber a remuneração do cargo. Não o reassumindo naquele prazo trintidial, sujeitar-se-á o servidor a ver-se processado por abandono de cargo, na forma da L. 8.112, se transcorridos outros trinta dias (faltas ao serviço, nesse caso), cf. art. 138.

Seção V

DA LICENÇA PARA ATIVIDADE POLÍTICA

Art. 86. O servidor terá direito a licença, sem remuneração, durante o período que mediar entre a sua escolha em convenção partidária, como candidato a cargo eletivo, e a véspera do registro de sua candidatura perante a Justiça Eleitoral.

§ 1º O servidor candidato a cargo eletivo na localidade onde desempenha suas funções e que exerça cargo de direção, chefia, assessoramento, arrecadação ou fiscalização, dele será afastado, a partir do dia imediato ao do registro de sua candidatura perante a Justiça Eleitoral, até o 10º (décimo) dia seguinte ao do pleito. (§ 1º com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

§ 2º A partir do registro da candidatura e até o 10º (décimo) dia seguinte ao da eleição, o servidor fará jus à licença, assegurados os vencimentos do cargo efetivo, somente pelo período de três meses. (§ 2º com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

I

Institui este artigo, modificado como foi pela Lei n. 9.527/97, duas diferentes espécies de licença para o servidor envolvido em atividade política: uma se refere ao período limitado entre a escolha do servidor em convenção partidária e o registro de sua candidatura (*caput*); a outra diz respeito ao período compreendido desde o registro da candidatura do servidor até o décimo dia das eleições a que houver concorrido (§ 2º).

De outro prisma, pelo contraste entre *caput* e § 2º de um lado e § 1º de outro, fica evidente que os primeiros se referem a licença aos servidores *efetivos* indiscriminadamente considerados, enquanto o § 1º se refere em parte aos ocupantes de cargos *em comissão* (direção, chefia ou assessoramento), e em parte a ocupantes de determinados e específicos cargos efetivos (de fiscalização e arrecadação).

Compreende-se a diferenciação, pois decerto supôs a lei que os cargos, mesmo que efetivos, de arrecadação e de fiscalização, dada a natureza das suas ocupações e os interesses financeiros muito importantes com que se relacionam, poderiam comportar o denominado *tráfico de influência* por seus ocupantes junto a contribuintes-eleitores na localidade onde atua e na qual vai concorrer a

mandato, fazendo-o exatamente com fins eleitorais, como por exemplo em fiscalizações atenuadas ou indevidamente complacentes, em troca de votos.

Daí o discrímen legal entre tais cargos efetivos e os demais cargos também efetivos, que não detêm semelhante poder junto à população e ao eleitorado da localidade, nem de localidade alguma.

II

A primeira espécie de licença, que é referida no *caput* e diz respeito ao período entre a escolha do servidor efetivo, que não aquele referido no § 1º, em convenção partidária e à véspera do registro de sua candidatura na Justiça Eleitoral, ocorre *sem remuneração*, e assim é porque a lei seguramente entendeu que, enquanto não registrado como candidato na Justiça Eleitoral o servidor público, não se tendo garantia de que irá realmente concorrer a algum cargo eletivo, não merece ele permanecer afastado com remuneração.

Com essa previsão de licença não remunerada a lei não prestigia nem estimula aventuras eleitoreiras, que de outro modo poderiam ser intentadas pelos servidores federais apenas com o intuito de se afastar remuneradamente do trabalho por algum tempo.

A segunda espécie de licença está prevista no § 2º do artigo, também somente para servidores efetivos, e se dá *com a remuneração equivalente aos vencimentos do cargo efetivo*, porém limitadamente a *três meses*.

Ainda de acordo com o § 2º, essa segunda espécie de licença, que é remunerada, se dá a partir do dia subsequente ao registro da candidatura do servidor, e até o décimo dia seguinte à data de realização da eleição, porém apenas por três meses, restrição essa que inexistia sob a forma anterior da lei. Assim, três meses é a duração máxima desta licença.

Aqui, § 2º, a hipótese é diferente da do *caput*, pois o servidor já conseguiu registrar sua candidatura às eleições, o que lhe assegura o direito de concorrer, e, assim, dele exige integral dedicação à sua campanha política. Como agora existe

a real possibilidade de sua eleição para mandato político, entendeu a lei que esse servidor efetivo merece por algum tempo afastar-se, sem prejuízo de seus vencimentos.

O § 1º, por outro lado, estabelece regra relativa a servidor que desempenhe cargo de direção, chefia, assessoramento, arrecadação ou fiscalização, sejam esses cargos efetivos ou em comissão como já se assinalou, estabelecendo que, se for candidato a cargo eletivo *na localidade onde desempenhe suas funções*, será desse cargo afastado a partir do dia subsequente ao do registro de sua candidatura, e até o décimo dia posterior à eleição.

A palavra *localidade* parece estar indicando no máximo o *Município* onde o servidor exerça suas funções; é difícil admitir que estivesse se referindo ao Estado ou à região, a L. 8.112, pela simples menção ao vocábulo *localidade*. Nesse sentido foi empregada a expressão *interesse local*, no inc. I do art. 30 da Constituição Federal (que aí estabeleceu a competência legislativa para os Municípios, de legislar sobre assuntos de interesse local).

Se assim é, parece que o afastamento a que se refere o § 1º se dará obrigatoriamente apenas se o servidor federal ocupante de algum dos cargos a que se refere o mesmo § 1º for candidato a cargos eletivos *municipais*, sejam de Prefeito, Vice-Prefeito ou Vereador, ou de outro modo não será candidato “na localidade onde desempenha suas funções”.

Ainda que também esta situação enseje a licença sem remuneração, como no *caput*, bem diferente é este caso, portanto, com relação ao do servidor efetivo indiscriminadamente considerado, previsto no *caput* e no § 2º. A natureza dos cargos explica a diferença legal de tratamento.

III

A eleição a que se refere todo o artigo, por fim, é, evidentemente, para qualquer mandato eletivo existente no País, de qualquer nível: Vereador, Prefeito, Deputado Estadual, Governador de Estado, Deputado Federal,

Presidente da República ou Senador, além de Governador, Senador ou Deputado do Distrito Federal, e a vice-mandatário executivo de qualquer nível.

Qualquer desses cargos eletivos, assim entendeu o legislador, merece igual deferência, pela União Federal, no que diz respeito a propiciar licença remunerada aos servidores que a eles concorram, ainda que limitadamente a três meses.

Quanto à questão da indevida devolução dos vencimentos pelo servidor licenciado, decidiu o STJ: "A Lei Complementar n. 64/90 não prevê a restituição de vencimentos percebidos pelos servidores fazendários, quando do seu afastamento, prévia e regularmente deferido pela Administração, para a candidatura a cargo eletivo. Precedentes" (REsp n. 44.076-RS, 6ª Turma, *DJ*, 11-11-2002).

Seção VI

DA LICENÇA PARA CAPACITAÇÃO

(Denominação da Seção dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

Art. 87. Após cada quinquênio de efetivo exercício, o servidor poderá, no interesse da Administração, afastar-se do exercício do cargo efetivo, com a respectiva remuneração, por até 3 (três) meses, para participar de cursos de capacitação profissional. (Artigo com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

Parágrafo único. Os períodos de licença de que trata o caput não são acumuláveis.

Este artigo foi modificado na sua mais íntima essência pela Lei n. 9.527/97.

Cuidava da licença-prêmio por assiduidade, uma dessas vantagens tão combatidas pela voz comum do povo, que trabalha na empresa privada onde esta licença-prêmio soa como grosseira pilhéria, carecendo, ali, da mais primitiva

noção de razoabilidade, uma vez que apenas premiava a quem tão só cumpria o dever de comparecer ao serviço por dado tempo, sem faltas ou com poucas faltas.

Combatido por toda a população, salvo possivelmente pelos beneficiários — dentre os quais alguns seguramente também o combatiam —, foi substituída a antiga licença-prêmio, pela Lei n. 9.527/97, por esta outra vantagem, licença para capacitação, que não é nem um pouco acintosa ao erário mas em verdade bastante meritória, pois que visa o treinamento e o aperfeiçoamento dos servidores, em direto benefício do serviço.

A preocupação, própria de instituições públicas ou privadas sérias e preocupadas com a qualidade do serviço que prestam, apenas merece elogio, e o anseio de que seja exercitada com frequência e não constitua apenas longínqua e inerte possibilidade.

Apenas o ocupante de cargo de provimento efetivo merece a concessão desta vantagem, a licença para capacitação. Pode ocorrer de esse servidor ocasionalmente ocupar cargo em comissão: continua a merecê-la, apenas que calculada sobre o vencimento de seu cargo efetivo. Tal se depreende da leitura da parte final do *caput*, de onde se denota, também, que apenas quem detenha situação efetiva pode ser contemplado, pois cidadão que ocupe apenas cargo em comissão, não tendo vencimento de cargo efetivo, não teria base para cálculo da vantagem.

É compreensivelmente remunerada a vantagem, sem qualquer prejuízo dos itens permanentes que integram a remuneração, e aí vale o conceito que a L. 8.112 empresta a essa palavra, no art. 41. Vantagens essencialmente transitórias, como adicionais por insalubridade ou periculosidade, não poderiam integrar a remuneração desta licença, se durante a sua vigência não existe exercício da atividade insalubre ou perigosa. O interesse público milita em favor da remuneração de uma licença, limitada no tempo, pela qual o servidor se aperfeiçoe em seu serviço.

A duração máxima dessa licença é de três meses, podendo ser menor, e será deferida apenas após consultado o interesse da Administração, após no mínimo cada quinquênio de efetivo exercício de cargo efetivo. O conceito de efetivo exercício é o de trabalho real e presencial no cargo, ou de afastamento por alguma das razões elencadas nos arts. 97 e 102.

Sendo facultativamente deferível pela Administração, não está ela nunca obrigada a conceder tal licença ao servidor, sendo corrente existirem programações fixas de cursos e eventos que ensejam políticas de licenças para capacitação, variáveis de Poder para Poder, de órgão para órgão, de entidade para entidade.

O que se precisaria perquirir talvez, e por fim, é se pode a Administração *impor* ao servidor essa licença, e toda a lógica das licenças indica em sentido contrário, que *não pode* — ou de outro modo não se estará diante de *licença*, mas de programas oficiais de treinamento e de aperfeiçoamento, compulsórios, como atividade normal do trabalho. Licença, por definição e por princípio, é um afastamento solicitado, requerido, pedido, o qual é então deferido ao requerente em atenção à vontade desse último.

Licença compulsória, como também alguma exoneração que fosse determinada pela Administração, são ideias que não fazem sentido, a primeira em lógica e em direito, e a segunda em direito. Faz todo o sentido, por outro lado, um *afastamento* compulsório, este sim podendo ser determinado pela Administração por motivos estabelecidos em lei; mas não licença, que só se compreende como atendimento de um pedido. Assim como não se dá a licença que não foi pedida, ninguém pode determinar a alguém fruir uma licença não desejada.

Art. 88. (Revogado pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

Este artigo, que disciplinava a licença-prêmio por assiduidade, e tal qual o

art. 89, foi expressamente revogado pela Lei n. 9.527/97, coerentemente com a extinção daquela vantagem.

Art. 89. (Revogado pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

Art. 90. (Vetado.)

Seção VII

DA LICENÇA PARA TRATAR DE INTERESSES PARTICULARES

Art. 91. A critério da Administração, poderão ser concedidas ao servidor ocupante de cargo efetivo, desde que não esteja em estágio probatório, licenças para o trato de assuntos particulares pelo prazo de até 3 (três) anos consecutivos, sem remuneração. (Caput e parágrafo com redação dada pela Medida Provisória n. 2.225-45, de 4-9-2001.)

Parágrafo único. A licença poderá ser interrompida, a qualquer tempo, a pedido do servidor ou no interesse do serviço.

Esta Seção, resumida num só artigo que já está na sua terceira redação (modificado que foi pela Lei n. 9.527/97 e depois pela MP n. 2.225-45, de 4-9-2001), que concede ao servidor efetivo e estável licença para tratar de interesses particulares, fixando-a por até três anos consecutivos, prazo atualmente improrrogável, e que não é remunerada.

Trata-se de mera faculdade conferida à Administração, que pode a qualquer tempo, entendendo interessante ao serviço, indeferir o pedido de licença. Tanto é facultativa a concessão que, pelo parágrafo único, é dado à Administração prescrever a qualquer momento sua interrupção, determinando o retorno do servidor à ativa. Pode também o servidor requerer sua interrupção, devendo nesse caso a Administração aceitá-lo de volta ao serviço antes do término previsto do afastamento, o qual não precisa, evidentemente, ser fixado no prazo

máximo, podendo ser prefixado em período menor. O que não se admite é a falta daquela previsão.

Tratando-se de liberalidade da Administração, no interesse exclusivo do servidor, é natural que o tempo de fruição não seja considerado para nenhum efeito junto ao serviço público, e que não seja remunerado.

Os assuntos particulares a que se refere a L. 8.112 são quaisquer assuntos ou interesses possíveis, entregues à escolha e ao alvedrio do servidor, que podem até mesmo referir-se a eventual contratação pela CLT do mesmo servidor, por exemplo, em entidade paraestatal federal.

Assuntos particulares, para efeito da L. 8.112, são com efeito todos aqueles que não digam respeito à própria L. 8.112, mas que contenham fundamento em outra legislação, ou cujo fundamento legal simplesmente não exista, como no caso de o servidor querer por sua conta viajar ao exterior, a lazer. Essa última situação evidentemente não enseja regime jurídico alicerçado em lei alguma; é considerado assunto particular, como no primeiro exemplo, apenas porque não está vinculado a qualquer disposição da L. 8.112.

A respeito deste artigo o DRH da SAF expediu duas Orientações Normativas, de n. 15 e 55. A primeira converte antigas suspensões de contrato de trabalho, concedidas por liberalidade da Administração federal, aos servidores depois amparados pelo art. 243 da L. 8.112, em licenças para tratar de interesses particulares. Natural que assim seja, porque, tendo sido os servidores celetistas transformados em estatutários, necessário se faz que a Administração adapte institutos similares, existentes nos dois regimes jurídicos, considerando-se o trânsito de regime sofrido pelos servidores.

A Orientação Normativa n. 55 estabelece que o tempo de serviço federal efetivo, anterior à L. 8.112, deve ser contado para perfazer o biênio exigido pelo § 3º do art. 91 da referida Lei. Também não existe surpresa nessa correta fixação, já que para os antigos servidores efetivos, regidos pela Lei n. 1.711/52, nenhuma alteração substancial de regime jurídico aconteceu com o evento do

novo estatuto.

De interesse para o tema a Orientação Normativa n. 91 do DRH da SAF.

Seção VIII

DA LICENÇA PARA O DESEMPENHO DE MANDATO CLASSISTA

Art. 92. É assegurado ao servidor o direito à licença sem remuneração para o desempenho de mandato em confederação, federação, associação de classe de âmbito nacional, sindicato representativo da categoria ou entidade fiscalizadora da profissão ou, ainda, para participar de gerência ou administração em sociedade cooperativa constituída por servidores públicos para prestar serviços a seus membros, observado o disposto na alínea c do inciso VIII do art. 102 desta Lei, conforme disposto em regulamento e observados os seguintes limites: (Caput com redação dada pela Lei n. 11.094, de 13-1-2005; incisos incluídos pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

I - para entidade com até 5.000 associados, um servidor;

II - para entidades com 5.001 a 30.000 associados, dois servidores;

III - para entidades com mais de 30.000 associados, três servidores.

§ 1º Somente poderão ser licenciados servidores eleitos para cargos de direção ou representação nas referidas entidades, desde que cadastradas no Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. (§ 1º com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

§ 2º A licença terá duração igual à do mandato, podendo ser prorrogada, no caso de reeleição, e por uma única vez.

Este artigo foi modificado pela Lei n. 9.527/97, depois pela Lei n. 11.094/2005 e, finalmente, pela Lei n. 11.501, de 16-3-2007, resultante da conversão da MP n. 359, de 16-3-2007.

Mais do que simples estabilidade no cargo, confere o direito a uma licença sem remuneração ao servidor que seja eleito para mandato representativo dos servidores em confederação, federação, associação de classe de âmbito nacional ou sindicato representativo da categoria ou da entidade fiscalizadora da profissão, ou ainda para participar de gerência ou administração em sociedade cooperativa constituída por servidores públicos com a finalidade de prestar serviços a seus membros.

O *caput* remete aos incs. I a III, que estabelecem a proporção máxima dos servidores licenciáveis, que leva em conta o número de associados nas entidades das quais o servidor pode ser licenciado para exercer mandato, sendo que, se a entidade tiver até 5.000 associados, apenas um servidor poderá licenciar-se para ali exercer o mandato; serão no máximo dois servidores se o número de associados for maior que aquilo e até 30.000, e serão até três os licenciados caso a entidade associativa respectiva contar mais de 30.000 afiliados. Não existia essa proporcionalidade sob o direito anterior, e agora se evidencia o elogiável cuidado da lei em não permitir o desprovimento exagerado de servidores sob essa licença.

Ainda pelo *caput* deve-se observar o disposto na al. *c* do inc. VIII do art. 102 da L. 8.112, que considera como de efetivo exercício aquela licença, exceto para o efeito de promoção por merecimento. Assim, apenas para o efeito de promoção por merecimento o tempo de afastamento, com base no art. 92, não pode ser computado, devendo-o ser para todos os demais efeitos, em favor do servidor.

Trata-se de afastamento do serviço na repartição onde o servidor esteja lotado, para que desempenhe seu mandato na sede das entidades referidas no *caput*, quer se localizem no prédio da repartição, quer em qualquer outro local.

Praticamente todas as entidades referidas no *caput* do artigo têm âmbito nacional. Assim a confederação, a federação, a associação de âmbito nacional, o sindicato da categoria, bem como as entidades fiscalizadoras de profissões. As sociedades cooperativas, novidade da última alteração da lei, entretanto, podem

não ter âmbito federal.

As entidades fiscalizadoras de profissões são geralmente autarquias federais, até porque somente a União legisla e disciplina a fiscalização de profissões, por força do que dispõe a Constituição Federal, art. 22, XVI. Nesse sentido, mesmo conselhos regionais de categorias profissionais hão de ser considerados, para os efeitos do art. 92, como tendo âmbito federal, a merecer portanto a proteção da lei.

Licenciado, fica o servidor evidentemente livre de qualquer subordinação hierárquica dentro da Administração federal, podendo ater-se por inteiro ao desempenho de seu mandato eletivo.

O § 1º do artigo prescreve que apenas poderão ser licenciados servidores eleitos para cargos de direção ou representação nas entidades, referidas no *caput*, que sejam cadastradas no Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado.

Não podia ter sido mais imediatista e frívola, e por isso mais infeliz, essa alusão, uma vez que os Ministérios no Brasil dançam louca e desvairadamente ao sabor do ritmo que cada novo Presidente da República imprime a esse baile de gosto invariavelmente péssimo, e cuja única tônica tem sido a de piorar a cada novo governante, sequioso apenas de imprimir sua marca na organização ministerial — marca essa que o governante seguinte raspa com estilete, em velocidade e com vigor máximos.

Não se combate a ideia em si, que visa manter sob controle a idônea destinação destes específicos licenciamentos, mas a forma imediatista como a lei se houve. A única alusão aceitável seria algo como a entidades "cadastradas ministerialmente", ou "cadastradas em Ministério competente", e nada além disso, pena de desuso certo em muito curto tempo — como ocorreu.

O § 1º está por tudo isso profundamente abalado em sua eficácia e prejudicado em sua cogência, não sendo desarrazoado afirmar, ante a extinção do ali referido Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado**[55]**,

sem sua expressa e taxativa substituição por nenhum outro em específico, *que não tem eficácia alguma*, podendo ser solenemente ignorado pela Administração federal. É o preço da vaidade dos governantes, que gera a leviandade do legislador.

O § 2º, que durante a vigência da MP n. 359/2007 fixava uma limitação à sucessividade das licenças de que trata o artigo, foi vetado pela Lei n. 11.501, de 11-7-2007, resultante da conversão daquela MP, e com isso a matéria dispositiva do artigo termina no § 1º.

Restou, com o veto, *sem direito aplicável* a questão da duração da licença a que se refere o artigo, e também à da sua prorrogabilidade. Mesmo assim é de imaginar que a licença continue a ser concedida pela duração do mandato do servidor, por questão de pura lógica. Essa matéria pode ser objeto de regulamentação nesse sentido, sem que pareça alterado o direito "natural" que antes do veto o § 2º continha quanto à duração. O mesmo não se pode afirmar quanto à prorrogação da licença entretanto, que com o veto restou simplesmente proibida, não sendo apto regulamento algum a restabelecê-la porque isso afetaria o direito substantivo de forma absoluta, de modo que, ante o princípio da legalidade em sua acepção mais primitiva, apenas lei formal pode restaurá-la, ou discipliná-la.

A norma é de alto cunho social no tocante aos interesses dos servidores federais. Reflete nítida liberalização, porém organizadamente controlada a teor dos incs. I a III, do governo federal, sensível aos ares democratizantes que ocuparam o seio da Administração nas últimas décadas.

Com o mesmo esteio, o DRH da SAF, coerentemente, expediu sua Orientação Normativa n. 16, segundo a qual se considera convertida na licença prevista no art. 92 aquela que em 12 de dezembro de 1990 estivesse sendo fruída nos termos do estatuto anterior, a Lei n. 1.711/52; neste caso os efeitos financeiros da conversão passaram a produzir-se a partir de 1º de janeiro de 1991.

Já decidiu sobre esse tema o TRF-4ª Região, nos seguintes termos: “A Lei n. 8.112/90 não distingue para fins de concessão de licença para desempenho de mandato classista, entre servidores estáveis e não estáveis, ficando, contudo, suspenso o período de prova, no caso de concessão da licença a servidor em estágio probatório” (AC n. 96.04.3232-70, 4ª Turma, *DJ*, 2-6-1999).

Capítulo V

DOS AFASTAMENTOS

Seção I

DO AFASTAMENTO PARA SERVIR A OUTRO ÓRGÃO OU ENTIDADE

Art. 93. O servidor poderá ser cedido para ter exercício em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, ou do Distrito Federal e dos Municípios, nas seguintes hipóteses: (Caput e incisos com redação dada pela Lei n. 8.270, de 17-12-2001.)

I - para exercício de cargo em comissão ou função de confiança;

II - em casos previstos em leis específicas.

§ 1º Na hipótese do inciso I, sendo a cessão para órgãos ou entidades dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, o ônus da remuneração será do órgão ou entidade cessionária, mantido o ônus para o cedente nos demais casos. (§ 1º com redação dada pela Lei n. 8.270, de 17-12-2001.)

§ 2º Na hipótese de o servidor cedido a empresa pública ou sociedade de economia mista, nos termos das respectivas normas, optar pela remuneração do cargo efetivo ou pela remuneração do cargo efetivo acrescida de percentual da retribuição do cargo em comissão, a entidade cessionária efetuará o reembolso das despesas realizadas pelo órgão ou entidade de origem. (§ 2º com redação dada pela Lei n. 11.355, de 19-10-2006.)

§ 3º A cessão far-se-á mediante Portaria publicada no Diário Oficial da União. (§ 3º com redação dada pela Lei n. 8.270, de 17-12-2001.)

§ 4º Mediante autorização expressa do Presidente da República, o servidor do Poder Executivo poderá ter exercício em outro órgão da Administração Federal direta que não tenha quadro próprio de pessoal, para fim determinado e a prazo certo. (§ 4º com redação dada pela Lei n. 8.270, de 17-12-2001.)

§ 5º Aplica-se à União, em se tratando de empregado ou servidor por ela requisitado, as disposições dos §§ 1º e 2º deste artigo. (§ 5º com redação dada pela Lei n. 10.470, de 25-6-2002.)

§ 6º As cessões de empregados de empresa pública ou de sociedade de economia mista, que receba recursos de Tesouro Nacional para o custeio total ou parcial da sua folha de pagamento de pessoal, independem das disposições contidas nos incisos I e II e §§ 1º e 2º deste artigo, ficando o exercício do empregado cedido condicionado a autorização específica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, exceto nos casos de ocupação de cargo em comissão ou função gratificada. (§ 6º incluído pela Lei n. 10.470, de 25-6-2002.)

§ 7º O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com a finalidade de promover a composição da força de trabalho dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, poderá determinar a lotação ou o exercício de empregado ou servidor, independentemente da observância do constante no inciso I e nos §§ 1º e 2º deste artigo. (§ 7º incluído pela Lei n. 10.470, de 25-6-2002.) (Vide Decreto n. 5.375/2005.)

I

Cuida este dispositivo, alterado como foi pela Lei n. 8.270, de 17-12-1991, depois pela Lei n. 9.527/97 e posteriormente ainda pela Lei n. 10.470, de 25-6-2002, da cessão de servidor federal para ter exercício em órgão ou entidade

igualmente federal, ou estadual, ou distrital, ou municipal, diferente daquele onde estava lotado.

Trata-se de mera liberalidade da lei, a qual poderia perfeitamente inexistir, mas que figura no estatuto, com certeza, pela razão de que o Estado considera tão útil o serviço prestado por agente federal na própria União quanto este mesmo serviço prestado a outras pessoas de direito público, cuja finalidade é tão ideal quanto a do serviço federal, ainda que seja diferente, conforme o caso, o ônus da remuneração.

São entretanto restritas as hipóteses de cessão: a primeira é para o servidor federal exercer cargo em comissão ou função de confiança em qualquer dos órgãos ou entidades enunciados no *caput*; a segunda será aquela prevista em outras leis específicas.

Na primeira hipótese deve entender-se que um servidor federal *efetivo* irá exercer cargo em comissão ou função de confiança em Estado, Município ou no Distrito Federal. Não teria sentido ceder qualquer servidor em comissão para quem quer que fosse.

Quanto ao segundo caso, observa-se que a L. 8.112 remeteu a autoridade a hipóteses diversas, previstas noutras leis, e, nesses casos, cederá o servidor conforme disponha e discipline outra lei federal específica, e tão só assim.

II

O § 1º estabelece que o ônus da remuneração pela cessão de servidor federal, para entidade ou órgão de Estado, Distrito Federal ou Município, recairá sobre o órgão cessionário, aquele que recebe o servidor cedido, e nada é mais justo, uma vez que a entidade cessionária é afinal a beneficiária do trabalho de servidor cedido, devendo por isso arcar com a remuneração respectiva, dela desonerando a entidade cedente. Apenas o servidor da União, cedido, naturalmente escapa a esta regra.

A respeito desta disposição última, o DRH da SAF expediu a Orientação

Normativa n. 8, segundo a qual se aplica o disposto no § 1º tão somente às cessões efetuadas durante a vigência da L. 8.112, sem se estenderem efeitos de outras procedidas anteriormente, porém ficando mantidas as condições preestabelecidas. Trata-se de regra que prestigia o princípio segundo o qual *tempus regit actum*, ou seja: a lei do tempo em que o ato foi praticado permanece válida mesmo após o evento de nova lei, ou nova regra que modifique a antiga.

O § 2º do artigo, acrescido pela Lei n. 8.270/91, é de horrível e incompreensível redação. Não esclarece que espécie de opção refere, nem se a empresa pública ou a sociedade de economia mista mencionadas são federais, ou de outra órbita. Não aclara, por fim, se é de fato pretendido um efeito retroativo ao "reembolso das despesas realizadas pelo órgão ou entidade de origem", desde a cessão do servidor, bem como se essas despesas são apenas remuneratórias.

Não se vislumbra, também, até que momento, e como, pode o servidor cedido exercer opção, considerando-se que este assunto, opção, não tem, para a hipótese, qualquer menção anterior.

Muito preferível seria não ter a Lei n. 8.270/91 inserido este esdrúxulo e tumultuário parágrafo, que, tal qual Pilatos no Credo, invadiu seara absolutamente estranha.

Parece significar que as normas próprias de cada sociedade estatal mencionada (federal, estadual, isto não está precisado) podem estabelecer alguma opção pelo vencimento do cargo de origem do servidor a elas cedido. Poderia tal opção, entretanto, ser prevista apenas em normas internas de sociedades paraestatais, para os efeitos deste § 2º?

O § 3º estabelece que a cessão de que cuida o artigo se fará através de portaria, a ser publicada no *Diário Oficial da União*. Não esclarece o parágrafo se a portaria deve ser expedida pelo Presidente da República ou por Ministro de Estado, o que força a interpretação de que apenas a mais alta autoridade federal poderá assiná-la, até pela redação do § 4º do mesmo artigo, que se refere a autorização expressa do Presidente da República.

O § 4º do art. 93 fixa que somente por autorização expressa do Presidente da República o servidor do Poder Executivo poderá ter exercício em outro órgão da Administração federal direta, que não possua quadro próprio de pessoal; mesmo assim, apenas se para fim determinado e com prazo certo. Nunca, portanto, se dará o afastamento para prover o órgão cessionário em caráter definitivo e genérico, mas necessariamente para atender a determinada necessidade que ali exista, dentro de um prazo preestabelecido, improrrogável a teor da simples ordem legal.

O § 5º, redação da Lei n. 10.470/2002 (que alterou a que dera ao dispositivo a Lei n. 9.527/97), prevê que se aplicam os §§ 1º e 2º às requisições "de empregado ou servidor por ela requisitado", o que significa que a remuneração a ser paga nesses casos será conforme já exposto acima, no comentário àqueles dois parágrafos. Empregado é o servidor regido pela CLT, e "servidor", nesta unilateral e bisonha acepção da L. 8.112, é aquele por ela regido.

III

O § 6º foi incluído pela Lei n. 10.470/2002, e tal qual o § 7º é fruto e vítima da infantil vaidade da autoridade que inventou o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão — que pode durar até o segundo minuto do governo do subsequente Presidente da República, e depois passar a objeto de museu. Como futilidade absoluta do legislador, refere um condenável casuísmo, como também o faz o § 7º.

Seja recordado, de início, que todo e qualquer dispositivo de lei estatutária, e assim essencialmente estável ou duradoura, que se refira a um transitório Ministério ou a outro órgão público que *hoje* existe e que amanhã com rigorosa certeza desaparecerá — provavelmente sem deixar rastro —, é sempre de uma futilidade absoluta, *e só tem eficácia enquanto existir referido Ministério, ou referido outro órgão.* Extintos estes, os dispositivos que se lhe referiam tornam-se patéticos retratos de um passado que então se torna irrealizável, pois que de

todo esvaziado de cogência e eficácia. A Lei n. 10.470/2002 seguiu, nessa infame tônica, a quase sempre fraquíssima Lei n. 9.527/97.

Pelo § 6º, se os empregados de empresas estatais — de qualquer nível de governo, ante a indefinição do dispositivo — que recebam recursos do tesouro nacional para pagamento de pessoal são cedidos na forma do artigo, então tais cessões não dependem da aplicação dos §§ 1º e 2º do artigo, que remetem aos incs. I e II. Nesses casos ficarão os empregados referidos condicionados a específicas autorizações do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão *enquanto existir esse Ministério e não depois de ser extinto*, sendo que, se forem cedidos para ocupar cargo em comissão ou função gratificada, nem sequer essa autorização é necessária.

Quanto a tais funções gratificadas, não poderão ser *funções de confiança* tais quais referidas na Constituição Federal, art. 37, inc. V, uma vez que apenas servidores efetivos poderão ser designados para as ocupar; sejam outras, portanto, em cada organização de pessoal do nível de governo que for.

O § 7º, encerrando o longo elenco, informa que aquele mesmo MPOG poderá determinar a lotação ou o exercício de empregado ou servidor, independentemente do disposto neste artigo, para compor a força de trabalho da Adminstração federal — e aí se refere exclusivamente ao Executivo, já que não se concebe um Ministério compondo força de trabalho de outros Poderes, e em verdade nem mesmo de empresas estatais, ainda que debaixo de sua própria vinculação institucional.

Só não se compreende ainda e por fim, mesmo que com a maior boa vontade, por que motivo ou com que fundamento jurídico o estatuto dos funcionários põe-se de um para outro momento a discorrer sobre *empregados regidos pela CLT*, e a disciplinar sua vida funcional na Administração. Essa categaoria é um peixe fora d’água na lei estatutária, ou, outra vez, o seu *Pilatos no Credo*, de patética e absolutamente esdrúxula configuração. O nível da Lei n. 10.470/2002 nada fica a dever, em mediocridade plena e acabada, ao da Lei n. 9.527/97.

Seção II

DO AFASTAMENTO PARA EXERCÍCIO DE MANDATO ELETIVO

Art. 94. Ao servidor investido em mandato eletivo aplicam-se as seguintes disposições:

I - tratando-se de mandato federal, estadual ou distrital, ficará afastado do cargo;

II - investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração;

III - investido no mandato de vereador:

a) havendo compatibilidade de horário, perceberá as vantagens de seu cargo, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo;

b) não havendo compatibilidade de horário, será afastado do cargo, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração.

§ 1º No caso de afastamento do cargo, o servidor contribuirá para a seguridade social como se em exercício estivesse.

§ 2º O servidor investido em mandato eletivo ou classista não poderá ser removido ou redistribuído de ofício para localidade diversa daquela onde exerce o mandato.

Este artigo repete quase integralmente o art. 38 da Constituição, fazendo-o de modo um pouco mais didático, e inovando para o plano local da União.

Estabelece, em conformidade com a Constituição, que o servidor federal investido em mandato eletivo federal (Presidente da República, Senador ou Deputado Federal), estadual (Governador de Estado ou Deputado Estadual) ou Distrital (Governador ou Deputado Distrital) será afastado de seu cargo regido pela L. 8.112. Isto significa que não existe possibilidade de o servidor federal eleito para algum daqueles mandatos manter concomitantemente sua situação de servidor regido pela L. 8.112.

Caso o servidor federal seja eleito e investido no mandato de Prefeito Municipal, também será afastado de seu cargo, podendo entretanto, nesse caso, optar pela remuneração de Prefeito ou de servidor. Essa possibilidade não existe para a hipótese do inc. I deste art. 94, pois o servidor federal, elegendo-se mandatário federal, estadual ou distrital, não poderá optar pela remuneração do cargo regido pela L. 8.112, devendo perceber aquela do mandato.

Se o servidor federal for investido no mandato de Vereador, duas possibilidades se lhe abrem: se o horário da vereança for compatível com o do exercício de cargo federal, perceberá ele tanto a remuneração de Vereador quanto aquela própria de seu cargo federal.

Se não existir aquela compatibilidade, ou seja, se o horário das sessões na Câmara Municipal coincidir, ao menos em parte mínima que seja, com o horário de expediente em que deve exercer seu cargo federal, nesse caso o servidor Vereador será afastado de cargo federal, para o pleno exercício da vereança. Faculta-lhe a lei, na hipótese, optar pela remuneração de Vereador ou pela de servidor federal, não lhe cabendo acumulá-las.

O § 1º do artigo guarda relação com o inc. V do art. 38 da Constituição Federal, e determina que, quando o servidor federal se afaste necessariamente de seu cargo, para desempenho de mandato eletivo, contribuirá para o sistema de seguridade social como se não se houvera afastado. Os valores de contribuição nesse caso incidirão sobre a remuneração do cargo federal, na forma da lei, e nunca sobre a remuneração do mandato eletivo. Com essa medida, a União soluciona antecipadamente inúmeros impasses que decerto surgiriam quando da concessão de aposentadoria ou outros benefícios securitários ao mesmo servidor que, durante certo período de sua vida, afastou-se do cargo para desempenhar mandato político.

O § 2º estabelece uma proibição para a Administração: a de que seja removido ou redistribuído de ofício o servidor, enquanto investido em mandato eletivo ou classista, para qualquer localidade diferente daquela onde exerça o

mandato.

Tal significa que a L. 8.112 resguardou o servidor, afastado ou não, que desempenhe algum mandato eletivo, ou mesmo classista: dirigente sindical, dirigente associativo, dirigente de federação ou confederação, cf. art. 92, de possíveis movimentações com finalidade persecutória, ou divorciadas do interesse da Administração.

O dispositivo coíbe, dessa forma, que por ação administrativa o servidor mandatário político precise afastar-se da sede do órgão onde exerce seu mandato, o que lhe acarretaria prejuízos fáceis de aquilatar, e em tudo inconsentâneos com o interesse público pressuposto. Trata-se de uma forma de "estabilidade provisória na lotação", como resta claro.

Seção III

DO AFASTAMENTO PARA ESTUDO OU MISSÃO NO EXTERIOR

Art. 95. O servidor não poderá ausentar-se do País para estudo ou missão oficial, sem autorização do Presidente da República, Presidente dos Órgãos do Poder Legislativo e Presidente do Supremo Tribunal Federal.

§ 1º A ausência não excederá a 4 (quatro) anos, e finda a missão ou estudo, somente decorrido igual período, será permitida nova ausência.

§ 2º Ao servidor beneficiado pelo disposto neste artigo não será concedida exoneração ou licença para tratar de interesse particular antes de decorrido período igual ao do afastamento, ressalvada a hipótese de ressarcimento da despesa havida com seu afastamento.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica aos servidores da carreira diplomática.

§ 4º As hipóteses, condições e formas para a autorização de que trata este artigo, inclusive no que se refere à remuneração do servidor, serão

disciplinadas em regulamento. (§ 4º incluído pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

O art. 95 da L. 8.112 é uma cópia piorada do art. 37 da Lei n. 1.711/52. Se aquele tinha pouca técnica redacional, este, combinado com o artigo seguinte, indica técnica quase nula, devendo para o futuro provocar os maiores embaraços de interpretação no âmbito do serviço público federal, bem como para os estudos desta matéria. Arriscar-se-á uma interpretação dos dispositivos, já que para tanto este trabalho existe, mas tal será como pisar em ovos.

Não oferece o *caput* dificuldade de inteligência: o servidor regido pela L. 8.112 apenas poderá afastar-se do serviço ativo, que exerce no País, para estudo e missão oficial no exterior se autorizado pelo Presidente da República, quando servidor do Executivo; pelo Presidente do Senado ou da Câmara dos Deputados, se servidor de cada qual desses Poderes, ou pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, se servidor do Poder Judiciário. Afora se autorizado por essas pessoas, não poderá nenhum servidor afastar-se do País em estudo ou missão oficial.

É o § 1º que inicia o caminho de espinhos do intérprete, pois fixa que a *ausência*, e não o afastamento, não excederá quatro anos, estabelecendo a seguir que, finda a missão de estudo, somente após igual período será permitida nova ausência. Não explicita se isso se dá quando o servidor regressar, ou não, ao serviço ativo da União, e outra vez trata o que a Seção denominou *afastamento* pela estúpida palavra *ausência*. Parece significar que após o encerramento da missão, que não pode ultrapassar quatro anos, e depois do retorno do servidor ao País e ao serviço, outro afastamento similar apenas poderá ser concedido se decorrido novo lapso quadrienal.

O § 2º mantém a dúvida, pois fixa que ao servidor beneficiado pelo afastamento de que cuida o artigo não poderá ser concedida exoneração ou licença para tratar de interesse particular antes de decorrido período igual ao do afastamento, vale dizer: caso o afastamento tenha sido por dois anos, após o

retorno ao serviço, não poderá o servidor ser exonerado ou licenciado para interesse particular senão depois de cumprir dois anos de exercício.

Estabelece a seguir o parágrafo, entretanto, uma ressalva àquela regra, qual seja, a de que poderá, sim, ser afastado ou exonerado o servidor beneficiado pelo afastamento para o exterior, desde que este indenize ou ressarça a Administração da despesa havida com seu afastamento. Não esclarece a lei se esta despesa se refere a passagens, a hospedagens, a remuneração, a outras vantagens ou a eventuais bolsas de estudos. A matéria precisava estar tratada na lei. É de capital importância saber quais despesas a União custeará ao servidor regido pela L. 8.112, afastado no exterior para missão ou estudo, mas a lei não as especifica...

Entendemos que qualquer arbitrária tentativa de elucidar o que o legislador precisaria ter dito e não disse constituiria temerário e irresponsável exercício de adivinhação, o que a técnica exegética e hermenêutica proíbem de maneira decidida.

Disséramos em edições anteriores que “afirmar que a matéria é passível de disciplinamento por decreto é ignorar os mais basilares cânones daquelas mesmas ciências, vez que *despesa pública* como esta sujeita-se, por força do art. 37 da Constituição Federal, a instituição por lei e tão somente por lei. Certo é, porém, que nenhum tempo de serviço pode ser contado em prol do servidor afastado com base neste artigo”. Ocorre, entretanto, que a Lei n. 9.527/97 acresceu um § 4º a este art. 94, estabelecendo exatamente que “as hipóteses, condições e formas para as autorizações de que trata este artigo, inclusive no que se refere à remuneração do servidor, serão disciplinadas em regulamento”.

Se essa inovação, § 4º, veio pela Lei n. 9.527/97, isso para nós apenas confirma o afirmado anteriormente, pois que somente uma lei do nível *atro e subterrâneo* como o desta última poderia fazê-lo coerentemente com toda a sua péssima qualidade média. Não é realmente de estranhar que a Lei n. 9.527/97 tenha produzido mais este estrago, dentre tantos que infligiu à L. 8.112. Neste § 4º tentou permitir que um decreto supra o que a lei e apenas a lei pode estatuir e

deve disciplinar, pois somente a lei poderia fazê-lo, já que a matéria constitui autêntica *reserva legal* por força do princípio da legalidade do ato administrativo e da despesa pública, constitucionalmente consignados.

Um decreto que estabeleça condições para afastar um servidor do País somente pode produzir efeito no Executivo, jamais nos demais Poderes da Federação, de modo que esses demais Poderes permanecem sem regras legais para afastar seus servidores para estudo ou missão no exterior. Talvez, como sói acontecer, os Poderes que não o Executivo adotem a comum técnica de se "encostar" no regulamento do Executivo, adotando-o e o adaptando no que entendam que caiba adotar — mais ou menos informalmente —, tudo debaixo da mais absoluta improvisação, que é forçada pela necessidade.

Não pode ser pior o direito, que, se está pessimamente resolvido para o Executivo, não está nem remotamente resolvido para os demais Poderes e entidades da União, pois, longe de solucionar a omissão originária da lei neste artigo, fez a Lei n. 9.527/97 apenas mascarar da pior forma a situação, sem a solver.

O § 3º exclui os servidores de carreira diplomática da previsão proibitiva do art. 95, já que, pela própria natureza das funções diplomáticas, seu exercício em grande número de vezes deve-se dar no exterior, de modo comum e rotineiro. Diplomacia é atividade precipuamente de relações exteriores. Como todo o art. 95 se refere a uma exceção à regra do exercício no Brasil dos cargos federais, natural que os diplomatas não sejam atingidos pelas vedações do art. 95.

Art. 96. O afastamento de servidor para servir em organismo internacional de que o Brasil participe ou com o qual coopere dar-se-á com perda total da remuneração.

Este artigo pouco esclarece, nem ao menos sobre se a natureza deste afastamento é a mesma daquele previsto no art. 95, ou se é outra, diversa.

Somente o que se tem certo é que, quando um servidor regido pela L. 8.112 atuar em organismo internacional, no exterior, de que o Brasil participe como signatário, ou com o qual coopere de alguma forma, esse afastamento não será remunerado, nem mesmo parcialmente, pelo erário federal. Perderá, assim, o servidor toda a sua remuneração, devida em razão do cargo público federal, enquanto durar o afastamento. Não se computará, também neste caso, em favor do afastado, tempo de serviço.

Decidiu assim sobre este tema o TRF-1ª Região: "1. É exigível o compromisso assumido de reembolso dos recursos despendidos com bolsa de estudo, se a prestação de serviços comprometida não é honrada. 2. A prestação de serviços a terceiros não substitui aquela devida à Universidade que concedeu a bolsa, ainda que se trate de outra universidade oficial, por falta de previsão na avença. 3. Impossível, todavia, à instituição de ensino, não deferir pedido de exoneração para poder entrar em exercício em outro cargo público de professor universitário" (AMS n. 96.01.21369-4-MG, 2ª Turma, *DJ*, 29-6-1998).

A matéria, de resto, está regulamentada pelo Executivo.

Seção IV

DO AFASTAMENTO PARA PARTICIPAÇÃO EM PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* NO PAÍS

Art. 96-A. O servidor poderá, no interesse da Administração, e desde que a participação não possa ocorrer simultaneamente com o exercício do cargo ou mediante compensação de horário, afastar-se do exercício do cargo efetivo, com a respectiva remuneração, para participar em programa de pós-graduação stricto sensu em instituição de ensino superior no País.

§ 1º Ato do dirigente máximo do órgão ou entidade definirá, em conformidade com a legislação vigente, os programas de capacitação e os

critérios para participação em programas de pós-graduação no País, com ou sem afastamento do servidor, que serão avaliados por um comitê constituído para este fim.

§ 2º Os afastamentos para realização de programas de mestrado e doutorado somente serão concedidos aos servidores titulares de cargos efetivos no respectivo órgão ou entidade há pelo menos 3 (três) anos para mestrado e 4 (quatro) anos para doutorado, incluído o período de estágio probatório, que não tenham se afastado por licença para tratar de assuntos particulares para gozo de licença capacitação ou com fundamento neste artigo nos 2 (dois) anos anteriores à data da solicitação de afastamento.

§ 3º Os afastamentos para realização de programas de pós-doutorado somente serão concedidos aos servidores titulares de cargo efetivo no respectivo órgão ou entidade há pelo menos 4 (quatro) anos, incluído o período de estágio probatório, e que não tenham se afastado por licença para tratar de assuntos particulares, para gozo de licença capacitação ou com fundamento neste artigo nos 4 (quatro) anos anteriores à data da solicitação de afastamento.

§ 4º Os servidores beneficiados pelos afastamentos previstos nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo terão que permanecer no exercício de suas funções após o seu retorno por um período igual ao do afastamento concedido.

§ 5º Caso o servidor venha a solicitar exoneração do cargo ou aposentadoria, antes de cumprido o período de permanência previsto no § 4º deste artigo, deverá ressarcir o órgão ou entidade, na forma do art. 47 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, dos gastos com seu aperfeiçoamento.

§ 6º Caso o servidor não obtenha o título ou grau que justificou seu afastamento no período previsto, aplica-se o disposto no § 5º deste artigo,

salvo na hipótese comprovada de força maior ou de caso fortuito, a critério do dirigente máximo do órgão ou entidade.

§ 7º Aplica-se à participação em programa de pós-graduação no Exterior, autorizado nos termos do art. 95 desta Lei, o disposto nos §§ 1º a 6º deste artigo. (Art. 96-A incluído pela Lei n. 11.907, de 2-2-2009.)

I

Este artigo, que sozinho integra a Seção IV do Capítulo V, foi introduzido na L. 8.112 pela Lei n. 11.907/2009. Instituiu, de modo cruzado com o inc. IV do art. 102, uma nova modalidade de afastamento do servidor, sem prejuízo da remuneração — e portanto sem prejuízo da contagem de tempo, que é efetivada como se o servidor não se houvesse afastado —, instituindo em seu favor este novo direito, nas condições que especifica.

O *caput* introduz a novidade, informando que poderá o servidor, porém a critério de conveniência e oportunidade *exclusivo da Administração*, afastar-se, sem nenhum prejuízo, do exercício de seu cargo efetivo — não em comissão — para participar de programa de pós-graduação *stricto sensu* em instituição de ensino superior no País.

O § 7º, ao final do artigo, estende esse benefício a programas equivalentes no exterior, ou seja, em universidades estrangeiras que mantenham o programa. O critério de deferimento do pedido é sempre da Administração, exclusivamente, e essa se baseará em suas próprias razões, que poderão ser as mais diversas, já que seu campo de discricionariedade é quase ilimitado.

É condição para a concessão do importante benefício que o servidor se veja impedido — por qualquer razão, como horário, localização ou outras ainda que razoavelmente possam existir — de cursar o programa e simultaneamente permanecer no exercício de seu cargo efetivo, ainda que em regime de compensação de horário, que significa a troca de horas de folga em um dia por horas de trabalho adicional em outro. É bem certo que nem todos os problemas

de horário podem ser resolvidos através de compensação de horas.

O ônus de demonstrar a inviabilidade do desempenho concomitante cabe em princípio ao servidor, salvo se for tão evidente que dispense maiores demonstrações, e disso desde logo se convença a Administração.

II

O § 1º estabelece que um ato do dirigente máximo do órgão ou da entidade a que pertença o servidor — ministro de Estado, presidente da autarquia ou da fundação, chefe da unidade do Judiciário ou do Ministério Público, ocasionalmente o chefe supremo, sediado em Brasília, e o problema de definir essa autoridade se repete aqui, mas precisará ser resolvido, quando for necessário, por ato da organização interna de cada órgão ou entidade — fixará, de acordo com a legislação vigente de ensino superior e de cursos de pós-graduação, quais programas serão admitidos, e quais os critérios a serem observados pelo servidor e pela própria administração para a concessão do benefício.

Um comitê instituído para esse fim, prossegue o § 1º, avaliará os pedidos e determinará se o afastamento há ou não de ser dado, e, se afirmativo, se com afastamento do servidor ou sem afastamento, porém com compensação de horário — porque se for sem compensação não existe sequer razão para existir o artigo inteiro, já que não haverá qualquer prejuízo do efetivo cumprimento do horário pelo servidor.

A lei entretanto não informa de que âmbito será aquele comitê, nem de quantos membros se integrará, nem provindos de onde, nem se desempenham mandato permanente ou se o grupo é constituído *ad hoc* para julgar cada pedido ou cada grupo de pedidos acumulados periodicamente, dissolvendo-se a seguir — e em verdade não diz nada além de prever a existência do comitê.

Também não remete a regulamento algum, o que denota que o dispositivo já é executável apenas na letra da lei e desde logo, ficando ao tirocínio de cada

dirigente máximo de órgão ou entidade dispor a respeito como bem lhe aprouver, limitado apenas pela referida legislação do ensino superior e dos cursos de pós-graduação.

Deliberará o comitê, dentre outros assuntos, se o programa for no país e em localidade próxima da do exercício (ou na mesma) do servidor, sobre a necessidade de afastamento ou a possibilidade de o curso dar-se concomitantemente com o exercício em horário compensado, podendo condicionar a concessão ao cumprimento desse horário compensado, ou de outra forma indeferir o pedido. Se o curso for no exterior esse problema naturalmente não existirá, e o afastamento é deferido sem exercício simultâneo, ou desde logo indeferido.

O § 2º refere-se a *mestrado* e a *doutorado*, que são os dois cursos ou programas clássicos e tradicionais de pós-graduação *stricto sensu* — em oposição àqueles denominados *lato sensu*, que são menos rígidos nas exigências, e por assim dizer mais amplos e genéricos, mais difusos e menos concentrados em uma área específica do conhecimento acadêmico, sem uma carga de trabalho que de tão tirânica é com frequência tida como modalidade institucional de *tortura*.

Informa ainda que esses afastamentos apenas serão deferidos a servidores titulares de cargos efetivos que tenham exercício na respectiva unidade de lotação há pelo menos três anos se para mestrado, e quatro anos para doutorado, aí incluídos os 24 meses de estágio probatório — recorde-se que a L. 8.112 consigna estágio probatório bienal, e não trienal como a Constituição recomendaria, mas, sendo a expressão “estágio probatório” apenas um rótulo legal, como já se explicou nos comentários ao art. 20, e não um verdadeiro *instituto constitucional* como é o período necessário para a estabilização, esse sim de três anos —, então inexiste inconstitucionalidade nesta tecnicamente ruim mantença pela L. 8.112 da bienalidade do estágio, além de ter de atender outras condições.

Assim, para pleitear afastamento para cursar mestrado, o servidor haverá, *cumulativamente* e não alternativamente, de *a)* ter ao menos três anos de exercício desde que ingressou no cargo efetivo na unidade respectiva, e para cursar doutorado há de contar ao menos quatro, *b)* não se ter licenciado para tratar de assuntos particulares no referido período, digamos, "aquisitivo", *c)* não se haver afastado em gozo de licença para capacitação, e *d)* não se haver afastado do exercício com fundamento neste artigo dentro dos dois anos anteriores ao atual pedido.

Se não satisfizer *todas* essas pré-condições, ou esses pré-requisitos, o pedido de afastamento haverá de ser liminarmente indeferido pelo comitê. O atendimento a todas as pré-condições, entretanto, não lhe assegura o deferimento do pedido, uma vez que, ao lado de tudo aquilo, outra poderá ser a declarada conveniência e o interesse da Administração naquele momento, justificando-se o indeferimento. Em um primeiro momento, portanto, o servidor precisará não incidir em nenhum impedimento formal, e em segundo momento convencer a Administração da conveniência em deferir-lhe o afastamento para o aperfeiçoamento acadêmico e, com isso se espera, profissional.

III

O § 3º cuida de programas de *pós-doutorado*, situados portanto acima do já amplamente exigente doutorado, estabelecendo para o afastamento respectivo condições semelhantes às fixadas para doutorado, apenas ampliadas de dois, como no doutorado, para *quatro* anos, anteriores ao pedido atual, sem licença com este mesmo fundamento, o tempo em que o servidor precisará observar como pré-requisito em seu pleito. Sendo programa mais alto que o doutorado, natural que a lei exija condição mais exigente do servidor para obter este licenciamento.

Observe-se que, introduzido este potencial direito do servidor apenas em 2008 pela MP n. 441, e depois convertido em direito da L. 8.112 apenas em 2009

por força da Lei n. 11.907, tanto o § 2º quanto este § 3º dispuseram para um futuro relativamente longínquo, não se podendo cogitar, ainda no presente momento, qualquer concessão.

O § 4º vale-se de um usual mecanismo de compensação do — pesado — investimento que a Administração realiza em favor de seu servidor com o seu afastamento, sem prejuízo, para cursar mestrado, doutorado ou pós-doutorado: exigir que ele permaneça no serviço público, no exercício de suas próprias e mesmas funções anteriores ao afastamento, por lapso igual ao do afastamento.

Muito natural e justo, uma vez que, mesmo que altruísta e institucionalmente evoluído o dispositivo, seu condão não é nem poderia ser o de praticar caridade com o dinheiro público, nem de favorecer servidor sem desse exigir contrapartida significativa, e o cumprimento, após o retorno do afastamento, de um período de serviço igual ao do afastamento constitui essa ponderável e razoável contrapartida, que é de resto comum na Administração e mesmo na iniciativa privada.

IV

Complementando a regra do § 4º, o § 5º prevê que, caso o servidor que foi afastado com base neste artigo, após retornar, exonere-se ou se aposente voluntariamente antes de cumprir aquela contrapartida temporal exigida pelo § 4º, indenize a Administração, na forma do art. 47, pelo investimento de que foi objeto.

E o art. 47 fixa o prazo — que pode ser tido como *exíguo* — de 60 dias para aquele ressarcimento, de modo que algumas considerações devem ser procedidas por ambas as partes:

a) a Administração deve fazer as contas antes de deferir o afastamento para servidores que serão atingidos pela aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade após retornarem, pois esses não terão tempo possível de exercício após o retorno para cumprir a exigência do § 4º. Em caso de a conta indicar a

impossibilidade, o correto é o sumário indeferimento do pedido, já que também a Administração não deve *dar sorte ao azar*;

b) o servidor que pretenda afastar-se deve ter em mente o disposto no § 4º e o lapso que por força dele terá de cumprir de exercício ao retornar, sob pena de ver-se forçado a ressarcir corrigidas e pesadas importâncias ao seu respectivo erário, até ocasionalmente pela via da execução fiscal, conforme se lê do parágrafo único do art. 47.

Não consta da lei — muito pelo contrário — nem nos parece constitucional indeferir tanto o pedido de exoneração quanto o de aposentadoria voluntária formulado pelo servidor, mesmo que não haja permanecido o lapso do § 4º após retornar do afastamento de que cuida este artigo. Conceda-se-lhe, sim, a pedida e merecida aposentadoria ou exoneração, porém acompanhada da conta de ressarcimento, que se não for paga no prazo legal será inscrita em dívida ativa para posterior execução.

O § 6º, por fim — já tendo sido comentado o breve § 7º ao início —, fixa que se o servidor, afastado para o curso, a seu final não lograr aprovação e obtenção do título que almejava, também deverá ressarcir a Administração pelo seu, pelo visto inútil, investimento, e isso o obriga a dedicar-se com ainda maior afinco e zelo ao estudo para que se afastou do exercício do cargo. Trata-se, portanto, de um investimento que, muito apropriadamente, exige retorno de resultado, e não se dá *a fundo perdido.*

Excetua-se de tal pesada obrigação — ou mesmo *ameaça* — o servidor que, não tendo conseguido obter o título, demonstrar ter sido vítima de alguma hipótese de *força maior* ou *caso fortuito*, assim considerada e aceita como tal pelo dirigente máximo da entidade onde o servidor trabalha.

Força maior ou caso fortuito são expressões correntes tanto do direito privado, sobretudo securitário e trabalhista, quanto do direito público, que com alguma frequência também as utiliza, como no caso da Lei Nacional de Licitações, art. 65, II, *d.* Na prática significam o evento não atribuível à vontade

do agente, imprevisível ou previsível, porém não naquela dimensão, que tendo ocorrido impediu a regular produção do esperado efeito do ato, do contrato, do convênio, do ajuste ou, no caso presente, do necessário aproveitamento no programa de pós-graduação pelo servidor federal afastado para tanto.

Quais são elas, quantas são e como podem ser, isso é algo que varia ao infinito, sendo rigorosamente impossível prever todas as hipóteses para enquadrá-las em algum regramento exaustivo. O grave ocorrido haverá, sempre, de ser demonstrado pelo interessado, e a sua imperatividade avaliada pela autoridade, de modo a justificar, ou não, o malogro, por parte do servidor afastado, em obter o título que perseguia. Fazendo-o, livra-se do ressarcimento previsto neste dispositivo em comento.

O que se pode cogitar, ainda que a lei não o admita nem *en passant*, é a hipótese de um ressarcimento apenas *parcial* pelo servidor, na medida em que a sua alegada ocorrência de força maior convença apenas em parte a autoridade que o chefie, algo que de resto não é nada absurdo nem fantasioso, mas muito suscetível de acontecer, uma vez sabida a imprevisibilidade absoluta dos fatos que percingem a existência de qualquer pessoa.

Capítulo VI

DAS CONCESSÕES

Art. 97. Sem qualquer prejuízo, poderá o servidor ausentar-se do serviço:

I - por 1 (um) dia, para doação de sangue;

II - por 2 (dois) dias, para se alistar como eleitor;

III - por 8 (oito) dias consecutivos em razão de:

a) casamento;

b) falecimento do cônjuge, companheiro, pais, madrasta ou padrasto, filhos, enteados, menor sob guarda ou tutela e irmãos.

Este dispositivo tem inspiração nitidamente trabalhista, e permite ao servidor ausentar-se do serviço, sem prejuízo de qualquer natureza, caso ocorram quatro motivos diversos: doação de sangue, alistamento como eleitor, casamento, e falecimento do cônjuge, companheiro, pais, madrasta ou padrasto, filhos, enteados ou menores sob guarda ou tutela, ou ainda irmãos.

No caso de doação de sangue, apenas um dia é-lhe deferido para ausentar-se; deverá, neste caso, como nos outros, fazer prova de que praticou o ato (ou de que lhe ocorreu o fato previsto na lei, como na hipótese de, dirigindo-se à entidade receptora do sangue, por algum demonstrável motivo não ser aceito como doador), para obter da Administração o registro da ausência admitida pela L. 8.112; esse registro ficará, a partir de então, constando do prontuário do mesmo servidor.

É de dois dias o prazo dado para alistamento como eleitor, e de oito dias consecutivos o deferido em razão de casamento ou falecimento de qualquer daqueles parentes ou afins elencados na alínea *b* do inc. III do artigo. A prova do casamento é a respectiva certidão, e a de qualquer falecimento, o atestado de óbito, em xerocópia autenticada. Os dias previstos no artigo, como nas demais hipóteses da L. 8.112, são corridos.

A L. 8.112 eliminou para esta hipótese as frequentes expressões “faltas abonadas” e “faltas justificadas”, e com boa técnica, já que elas apenas confusão e incertezas acarretam, sem qualquer benefício sensível à Administração. Tratou essas ausências simplesmente por “concessões”, que é titulação genérica, porém apropriada à natureza desses institutos.

Art. 98. Será concedido horário especial ao servidor estudante, quando comprovada a incompatibilidade entre o horário escolar e o da repartição, sem prejuízo do exercício do cargo.

§ 1º Para efeito no disposto neste artigo, será exigida a compensação de horário no órgão ou entidade que tiver exercício, respeitada a duração

semanal do trabalho. (Parágrafo renumerado e alterado pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

§ 2º Também será concedido horário especial ao servidor portador de deficiência, quando comprovada a necessidade por junta médica oficial, independentemente de compensação de horário. (§ 2º incluído pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

§ 3º As disposições do parágrafo anterior são extensivas ao servidor que tenha cônjuge, filho ou dependente portador de deficiência física, exigindo-se, porém, neste caso, compensação de horário na forma do inciso II do art. 44. (§ 3º incluído pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

§ 4º Será igualmente concedido horário especial, vinculado à compensação de horário a ser efetivada no prazo de até 1 (um) ano, ao servidor que desempenhe atividade prevista nos incisos I e II do art. 76-A desta Lei. (§ 4º com redação dada pela Lei n. 11.501, de 11-7-2007, resultante da conversão da Medida Provisória n. 359, de 16-3-2007.)

Com modificações introduzidas pela Lei n. 9.527/97 — que aqui não andou mal, muito ao contrário —, através deste artigo a União permite a seu servidor estudante, sem especificar de que nível (e, portanto, devendo-se entender de *qualquer* nível), trabalhar em horário diferente do normal em sua repartição. Demonstrando esse servidor que seu horário de estudo se sobrepõe ao de trabalho, mesmo que parcialmente, precisará a Administração designar-lhe horário compatível, que permita tanto estudo quanto trabalho, sem qualquer recíproco prejuízo.

Nesse sentido de obrigatório deferimento do horário especial já deliberou o TRF-4ª Região: “1. Os requisitos à concessão de horário especial ao servidor estudante são a comprovação de incompatibilidade entre o horário escolar e o da repartição, sem prejuízo do exercício do cargo, e a compensação de horário no órgão em que tiver exercício, respeitada a duração semanal do trabalho (artigo

98 da Lei n. 8.112/90). 2. Pela compensação proposta pela impetrante (3ªs e 4ªs, das 8h às 13h30 min e das 18h30 min às 20h), não restam dúvidas de que a servidora estaria presente ao local de trabalho em horários alheios ao expediente, antes de iniciado, ou após o seu término, acarretando, com isso, inafastável prejuízo ao exercício do cargo para o qual prestou concurso público" (AGMS n. 4.677/RS, 3ª Turma, *DJ*, 13-2-2002).

O horário de trabalho pode, portanto, ser, dentro de cada dia, estendido ou dilatado para antes do expediente ou para depois dele, por força da compensação exigida pelo § 1º do artigo. Esse parágrafo exige, por outro lado, que a duração semanal do trabalho, que é aquela genericamente referida no art. 19 ou é outra especial, não seja ultrapassada por força das compensações, o que é lógico e razoável, com vista a evitar a prestação, supostamente desnecessária, de horas extras apenas por causa daquelas compensações.

Até este ponto não está vedado inclusive ocorrer a existência de dias de trabalho com duração diferente da de outros dias dentro de cada semana, tudo em função do calendário escolar ao qual o servidor estudante comprovar estar submetido.

Não deverá haver, por outro lado, qualquer prejuízo quanto ao exercício do cargo, ou seja: todas as suas atribuições precisarão ser plenamente desempenhadas; tal não significa entretanto que conceder horário de estudante é apenas faculdade para a Administração. Trata-se de efetiva *obrigação* sua, considerando-se o tempo imperativo do verbo *ser*, ao início do *caput*.

O § 2º, introduzido pela Lei n. 9.527/97, meritoriamente consigna a obrigação de a Administração conceder horário especial ao servidor portador de deficiência física, sempre que comprovada por junta médica oficial — e não apenas por um médico — a necessidade de tal diferenciação de horário em prol do servidor deficiente.

Tratando-se de dispositivo eminentemente humanitário e que visa de algum modo compensar a desvantagem natural que o deficiente apresenta com relação

ao servidor não deficiente, essa diferenciação de horário não exige compensação, vale dizer, o horário do servidor deficiente pode ser *diferente e menor* do que o normal de cada respectiva repartição, sem qualquer irregularidade, tudo dependendo do atestado de juntas médicas localmente constituídas, ou daquelas de algum modo, e competentemente, centralizadas para o serviço público federal.

O § 3º, também introduzido pela Lei n. 9.527/97, estendeu o benefício do horário potencialmente diferenciado, que é previsto no § 2º para o servidor deficiente, agora para o servidor que tenha cônjuge, filho ou dependente portador de deficiência física, porém neste caso sujeito a compensação de horário, ou seja, que não pode ser menor que o normal, mas apenas diferenciado daquele.

Também aqui resta compreensível a regra, porque, ainda que se a possa diferenciar da normal, não parece razoável sacrificar a carga horária do servidor em virtude da existência de deficiência física não em sua pessoa, o que pode ser terrivelmente penoso para o exercício do cargo, mas na de terceiro a ele ligado, o que, por mais sério que possa ser, jamais é funcionalmente tão grave quanto aquilo. A diferenciação horária já significa uma importante colaboração da Administração neste caso, parecendo plenamente razoável se, em contraste com o direito dado pelo § 2º, não exceder apenas a isso.

O § 4º, com redação dada pela Lei n. 11.501, de 11-7-2007, resultante da conversão da MP n. 359, de 16-3-2007, manda conceder horário especial, sujeito à compensação a ser efetivada no prazo máximo de um ano, ao servidor que atue como instrutor em curso de formação ou treinamento de pessoal regularmente instituído pela Administração federal, assim como ao que participar de banca examinadora ou de comissão de análise de currículos, ou que servir como fiscal ou avaliador em exames vestibulares ou em concursos públicos.

O art. 76-A foi também introduzido na L. 8.112 pela MP em referência, depois convertida em lei e este § 4º apenas fecha o círculo dos direitos do

servidor a que se refere aquele artigo, e se reveste do mesmo mérito daquele, agora quanto ao horário de trabalho, que a lei flexibilizou e sujeitou a compensação.

Art. 99. Ao servidor estudante que mudar de sede no interesse da administração é assegurada, na localidade da nova residência ou na mais próxima, matrícula em instituição de ensino congênere, em qualquer época, independentemente de vaga.

Parágrafo único. O disposto neste artigo estende-se ao cônjuge ou companheiro, aos filhos ou enteados do servidor que vivam na sua companhia, bem como aos menores sob sua guarda, com autorização judicial.

Com este dispositivo a União evidencia seu elevado interesse no aprimoramento escolar e profissional de seus servidores, pois lhes garante gestionar para matriculá-los em instituições de ensino congêneres àquelas em que estudem, em qualquer época, sempre que tenham transferida sua sede de trabalho (no interesse da Administração).

Não deixa de ser curiosa a observação “independentemente de vaga” constante da parte final do *caput*, uma vez que não será lei federal que poderá obrigar uma escola, por exemplo, estadual, a admitir um servidor federal, apenas por deter essa condição, quando as matrículas para o curso de seu interesse ali estiverem encerradas, ou não mais existir vaga. Trata-se, quase, de uma intimidação a qualquer instituição de ensino, o que somente pode ser tido como ligeira bravata legislativa, algo como uma “promessa”, que só a sensatez recíproca das autoridades envolvidas poderá aviar, porém que, em verdade e de fato, *jamais a lei pode garantir.*

Não é a União, com efeito, competente para interferir na organização do ensino estadual ou municipal, nem mesmo por lei federal, já que esta não pode

ser tida como *norma geral* nem como diretriz ou base da educação nacional (CF/88, art. 22, XXVI). Compreende-se, por outro lado, a preocupação revelada pela L. 8.112: se a Administração obriga o servidor estudante a transferir-se de sede de trabalho, deve propiciar-lhe todos os meios a seu alcance para não prejudicá-lo na sua escolarização.

O parágrafo único do artigo estende ao cônjuge ou companheiro, aos filhos ou enteados do servidor que vivam em sua companhia, bem como aos menores sob sua guarda, a vantagem assegurada pelo *caput*, o que enseja duas observações.

Primeira: a palavra *companheiro*, no gênero masculino, só se pode interpretar como abarcando também o seu feminino, a companheira, ou a lei injustamente discriminaria um sexo em favor de outro, o que, além de ilógico, é constitucionalmente inadmissível.

Segunda: todos os meios de prova em direito admitidos são capazes para provar a relação de filiação ou companheirismo, para os efeitos aqui previstos.

Seja como for, assim já decidiu o STJ sobre a matéria: "Esta Colenda Corte vem admitindo a matrícula compulsória em instituições públicas de ensino superior àqueles transferidos no interesse da Administração Pública, bem como a seus dependentes, independentemente do fato de serem egressos de instituições privadas de ensino — entendimento do art. 1º, da Lei n. 9.536/97" (AGREsp n. 498.271/RN, 1ª Turma, *DJ*, 20-10-2003).

Capítulo VII

DO TEMPO DE SERVIÇO

Art. 100. É contado para todos os efeitos o tempo de serviço público federal, inclusive o prestado às Forças Armadas.

Trata-se de regra de propositada e extraordinária amplitude, mas que não tem

outro condão a não ser o de afirmar o óbvio. Não teria qualquer sentido conceber-se tempo de serviço público federal que não fosse contado, para todos os efeitos.

E mais: sendo as Forças Armadas instituição federal, outra disposição óbvia é a de que o tempo a elas prestado será sempre contado. Significa a regra que todo e qualquer tempo de serviço prestado à Administração direta, autárquica ou fundacional pública, em qualquer dos três Poderes e também nas Forças Armadas, deve ser somado para os efeitos previstos na Constituição e em lei.

Todo serviço público federal, sob regime estatutário, trabalhista ou mesmo administrativo, será desse modo computado; a lei não fez, como não poderia fazer, em face do disposto no art. 40 da Constituição, qualquer ressalva à contagem de tempo em regimes jurídicos diversos. Dada a indiferenciação constitucional, ou, mais do que isso, a *propositada igualação constitucional* entre os vários regimes jurídicos, todo e qualquer período de trabalho prestado na União há de ser computado, para todos os efeitos, em favor de servidor.

A propósito deste artigo, o DRH da SAF expediu suas Orientações Normativas n. 29, 92, 93 e 102. Delas, merece comentário apenas a última, segundo a qual o disposto no art. 100 da L. 8.112 não autoriza a contagem do tempo de serviço público federal para efeito de posicionamento de servidores das instituições federais de ensino nos níveis do plano único de classificação de cargos, instituído pela Lei n. 7.596/87.

Parece-nos correta a Orientação Normativa n. 102, já que não é cediço em nosso direito que norma tão ampla e genérica como o art. 100 da L. 8.112 derrogue norma específica e de cunho fechado ao pessoal do ensino, como a prevista na lei citada pela Orientação. Essa lei se destina a uma categoria específica de servidores, absolutamente diferenciada dentro do corpo de pessoal da União, e provida de institutos absolutamente inconfundíveis com os genericamente aplicáveis aos demais servidores. Não teve o condão, com certeza, o art. 100 da L. 8.112 de derrogar uma especificidade legislativa atinente

aos professores, ou, de outro modo, desorganizaria por completo o que a lei específica organizou.

Art. 101. A apuração do tempo de serviço será feita em dias, que serão convertidos em anos, considerado o ano como de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias.

Parágrafo único. (Revogado pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

I

Trata-se de antiga regra de contagem de tempo, que manda somar todos os dias trabalhados, ou considerados de efetivo exercício, em favor de cada servidor; após a soma total dos dias de trabalho, divide-se esse número por 365. Sendo o resultado igual ou superior, em anos, ao número de anos de serviço exigido constitucional e legalmente para a aposentadoria, se requerida esta, deverá ser deferida; não somando, evidentemente não poderá ser deferida qualquer aposentadoria ao servidor que teve procedida sua contagem do tempo de serviço.

Nenhuma novidade na regra do *caput*.

Constava em edições anteriores: “O que custa a crer possa ter tido sobrevida, nesta L. 8.112, é a barbaramente absurda norma prevista no parágrafo único do artigo, segundo a qual após aquela conversão de dias em anos ‘os dias restantes, até 182, não serão computados, arredondando-se para um ano quando excederem este número, para efeito de aposentadoria’. Esta heresia vernacular e jurídica é cópia do § 2º do art. 78 da Lei n. 1.711, de 1952. Parece constituir pilhéria”.

E muito mais se dizia em colérica vociferação contra a inexplicável previsão daquele parágrafo único deste art. 100, porém felizmente a Lei n. 9.527/97, em excelente ofensiva, revogou aquela insânia, expungindo o direito de um dos seus momentos mais torpes.

Alvíssaras, portanto, ainda que tardias.

II

Seja como for, entretanto, é sempre preciso considerar, aqui e em qualquer parte, o benfazejo e indispensável art. 54 da lei federal sobre o processo administrativo, a Lei n. 9.784, de 29-1-1999, que estabelece o prazo decadencial de cinco anos para a Administração anular atos de que decorreram benefícios a alguém, salvo em caso de comprovada má-fé.

Com base naquele artigo da LPA, e sobre o assunto que envolve o antigo parágrafo único deste art. 101, assim deliberou, a nosso ver corretamente, o TRF-2ª Região: "1. A impetrante se aposentou com 24 anos, 8 meses e 6 dias usando o benefício do arredondamento do tempo de serviço previsto no parágrafo único, do art. 101 da Lei n. 8.112/90 (em 24.1.1992). 2. A ADIn n. 609-6/DF suspendeu a eficácia do referido artigo em data posterior à concessão da aposentadoria. 3. O art. 54 da Lei n. 9.784/99 dispõe que, exceto em caso de má-fé, a Administração tem o prazo decadencial de cinco anos para anular atos que surtam efeitos favoráveis ao destinatário, o que não ocorreu no caso, não podendo a aposentadoria ser suspensa pelo TCU em 20.9.2001. 4. Apelação provida" (AMS n. 47.025/ES, 3ª Turma, *DJ*, 2-6-2003).

Art. 102. Além das ausências ao serviço previstas no art. 97, são considerados como de efetivo exercício os afastamentos em virtude de:

I - férias;

II - exercício de cargo em comissão ou equivalente, em órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, Municípios e Distrito Federal;

III - exercício de cargo ou função de governo ou administração, em qualquer parte do território nacional, por nomeação do Presidente da República;

IV - participação em programa de treinamento regularmente instituído ou em programa de pós-graduação stricto sensu no País, conforme dispuser o regulamento; (Inciso IV com redação dada pela Lei n. 11.907, de 2-2-2009.)

V - desempenho de mandato eletivo federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal, exceto para promoção por merecimento;

VI - júri e outros serviços obrigatórios por lei;

VII - missão ou estudo no exterior, quando autorizado o afastamento, conforme o regulamento; (Inciso VII com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

VIII - licença:

a) à gestante, à adotante e à paternidade;

b) para tratamento da própria saúde, até o limite de vinte e quatro meses, cumulativo ao longo do tempo de serviço público prestado à União, em cargo de provimento efetivo; (Alínea b com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

c) para o desempenho de mandato classista ou participação de gerência ou administração em sociedade cooperativa constituída por servidores para prestar serviços a seus membros, exceto para efeito de promoção por merecimento; (Alínea c com redação dada pela Lei n. 11.094, de 13-1-2005.)

d) por motivo de acidente em serviço ou doença profissional;

e) para capacitação, conforme dispuser o regulamento; (Alínea e com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

f) por convocação para o serviço militar;

IX - deslocamento para a nova sede de que trata o art. 18;

X - participação em competição desportiva nacional ou convocação para integrar representação desportiva nacional, no País ou no exterior, conforme disposto em lei específica;

XI - afastamento para servir em organismo internacional de que o Brasil participe ou com o qual coopere. (Inciso XI incluído pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

I

Este longo artigo, modificado pela Lei n. 9.527/97, indica quais ausências ou faltas ao serviço são consideradas, entretanto, de efetivo exercício, em prol do servidor.

É um dispositivo importante, indispensável à contagem do tempo de serviço em favor de qualquer servidor que a requeira, e sem cujo elenco ver-se-ia absolutamente perdido cada setor ou seção de pessoal do serviço público da União.

O primeiro título considerado são as férias, e está previsto no inc. I deste artigo. Todos os dias de férias, gozados pelo servidor, hão de ser computados como de efetivo exercício, e não se concebe possa ser diferente. Se assim é, o servidor que converter um terço das férias em abono pecuniário, valendo-se da faculdade concedida pelo § 1º do art. 78 da L. 8.112, evidentemente não contará esses dias vendidos como tempo de serviço; contá-los-á, sim, na medida em que os trabalhar, como dias trabalhados. Não poderá, portanto, contar, simultaneamente, por tê-los trabalhado e por tê-los vendido; mas deverá contá-los singularmente, como dias trabalhados.

O segundo título é o previsto no inc. II deste art. 93, ou seja, o exercício de cargo em comissão, ou equivalente, na União, nos Estados, nos Municípios ou no Distrito Federal. A expressão “ou equivalente” está a significar emprego em comissão, que é outra modalidade de posto de trabalho de confiança, cuja nomeação ou contratação depende exclusivamente do critério da confiança pessoal da autoridade. Desde que afastado o servidor na forma do art. 93, I, terá o respectivo período computado para efeito do art. 102.

O terceiro título a que se refere este art. 102, em seu inc. III, é o exercício,

por nomeação do Presidente da República, para qualquer cargo ou função de governo ou administração, no território nacional. Tal pode ser aquela nomeação referida no § 3º do art. 93, que é mais transferência do que nomeação, em verdade, ou pode ser outra. De qualquer modo, tendo a nomeação a característica prevista no inc. III do art. 102, todo o tempo que durar será tido como de efetivo exercício, em favor do servidor nomeado.

Não é de grande técnica este inc. III, uma vez que serve apenas para o Executivo, e os demais Poderes da União estão até aqui privados do mesmo direito, o que não deveria acontecer num estatuto, necessariamente geral, de servidores, como a L. 8.112.

II

O quarto título (inc. IV), que já havia sido modificado pela Lei n. 9.527/97, agora se viu novamente alterado pela Lei n. 11.907/2009, dessa vez em favor do servidor. Considera como de efetivo exercício a ausência do servidor tanto para a sua participação em programa de treinamento regularmente instituído, vale dizer, oficialmente instituído pelo serviço público, quanto para cursar programa de pós-graduação *stricto sensu* no País, em ambos os casos “conforme dispuser o regulamento”. Se assim é, faz-se preciso entender que a eficácia do dispositivo está vinculada à edição e forma do regulamento, sem o qual não pode ser exercitado o direito pelo servidor.

Os referidos programas de treinamento visam aperfeiçoar grupos de servidores especificamente em certas matérias, preestabelecidas, e muitas vezes exigem o afastamento do servidor, por se efetuarem em locais distintos da sede de trabalho. A matéria do treinamento, não estando especificada nem restrita na lei, em princípio pode ter um amplo espectro, abrangendo as áreas mais diversas, sempre a teor do regulamento.

Os cursos de pós-graduação *stricto sensu* a que se refere o inciso, por sua vez, são costumeiramente os de mestrado, doutorado e livre-docência, mantidos

por não muitas universidades no país em face das tremendas exigências e outras dificuldades que o licenciamento pelo Ministério da Educação, em face ao disciplinamento legal e infralegal da matéria, impõe aos estabelecimentos de ensino superior. Esta previsão — em meio a tantas restrições de direito que as novas leis impõem aos servidores — é profundamente meritória, uma vez que prestigia a ausência do servidor, que considera como sendo frequência, em face do seu aperfeiçoamento profissional em cursos duríssimos, o que supostamente refletirá na qualidade do seu trabalho a partir de então.

Quanto ao regulamento referido no texto, e como se disse acima, evidencia-se que o dispositivo tem a eficácia contida até sua edição, e não poderá ser exercitado até então. Mas é certo também que não poderá um simples decreto do Executivo disciplinar o tema para além do âmbito desse Poder, o que exigirá tantos regulamentos quantos forem os Poderes e as entidades federais interessadas. Sim, porque dificilmente tal questão seria suscetível de um único disciplinamento, considerando-se a imensa variedade de serviços existentes em cada diferente repartição federal, dentre os seus Poderes e as suas entidades submetidas à L. 8.112.

O quinto título (inc. V) é o desempenho de mandato eletivo de qualquer nível, aquele mesmo referido no art. 94 da L. 8.112, e que fora referido também no art. 38 da Constituição Federal. Nesse caso, exceto para promoção por merecimento, há de ser considerado o respectivo tempo de afastamento como de efetivo exercício, em prol do servidor mandatário.

O sexto motivo elencado pelo artigo, no inc. VI, é o referente ao júri e outros serviços obrigatoriamente prestados pelo servidor, em razão de lei. Entre aqueles outros serviços constam o alistamento eleitoral, que já está previsto no art. 97, II, da L. 8.112, ou o serviço como mesário ou escrutinador da Justiça Eleitoral, por ocasião de eleições, além de outros. Natural que a L. 8.112 considere justificadas e como de efetivo exercício ausências em razão de tais motivos, impostos como são ao servidor como obrigações de fazer. Não fosse a L. 8.112, outras leis

federais aplicáveis já o consideravam.

O sétimo motivo de afastamento (inc. VII) considerado como de efetivo exercício é a missão de estudo no exterior, desde que autorizado, e, de acordo com a redação que ao dispositivo deu a Lei n. 9.527/97, conforme disponha regulamento — que, também aqui, haverá de ser específico para cada Poder ou entidade. A essa missão já se refere o art. 95, e em parte também o 96, ambos da L. 8.112.

III

A oitava razão constante do art. 102, VIII, refere-se a várias espécies de licença que podem ser concedidas ao servidor, as quais devem ser consideradas como de efetivo exercício. São elas:

a) licença à gestante, à adotante e à paternidade (al. *a*), pelo tempo que for;

b) licença para tratamento da saúde do servidor, quando concedida até vinte e quatro meses, prazo esse cumulativo ao longo de todo o período de serviço público à União em cargo efetivo. Vale dizer, podem somar-se diversos períodos em total de até dois anos, após o que não mais poderá ser computado o respectivo excesso como de efetivo exercício (al. *b*);

c) licença para o desempenho de mandato classista ou participação de gerência ou administração em cooperativa constituída por servidores para prestar serviços a seus membros, exceto para o específico efeito de promoção por merecimento (al. *c*);

d) licença por motivo de acidente em serviço, ou por contração de doença profissional. É curioso que essa licença não haja sido prevista anteriormente na L. 8.112, assemelhando-se àquela constante do art. 83, que é por motivo de doença em pessoa de família e não por doença do próprio servidor. Desse modo, sempre que adquire moléstia profissional, ou seja, aquela ligada ao desempenho de seu trabalho no serviço público, ou se é acidentado em serviço (acidente de trabalho, se e conforme atestado por junta médica do serviço público federal), a

licença respectiva será tida como de efetivo exercício, pelo tempo que durar (al. *d*);

e) licença para capacitação, nos termos de regulamento — e outra vez se recorde que haverá de existir regulamentos próprios para os Poderes e as entidades autônomas cujo pessoal seja regido pela L. 8.112. Essa é a licença prevista no art. 87, a qual em boa hora subsituiu a antiga licença-prêmio por assiduidade (al. *e*);

f) licença por motivo de convocação para o serviço militar. A matéria estava já prevista no sintético art. 85 da L. 8.112, nenhuma dificuldade interpretativa portanto remanescendo da combinação dos dois dispositivos (al. *f*).

IV

Encerrado o rol das licenças previstas no inc. VIII, a L. 8.112 retorna à lista dos incisos relativos aos períodos de afastamento que se consideram como de efetivo exercício, e o inc. IX prevê como um desses períodos o de deslocamento para a nova sede, na forma prevista pelo art. 18. O art. 18 considera como de trinta dias o prazo máximo, que julgou razoável, para que o servidor possa deslocar-se definitivamente até sua nova sede de trabalho, obtida por remoção, redistribuição, requisição, cessão ou exercício provisório. Ocorrendo qualquer dessas hipóteses, o tempo de afastamento será contado como de efetivo exercício, em favor do servidor respectivo.

A subsequente espécie de afastamento contado indiscriminadamente como de efetivo exercício é a prevista no inc. X deste art. 102, seja por participação do servidor em competição desportiva nacional, ou a sua convocação para integrar equipe desportiva nacional, para evento no País ou no exterior, na forma de lei específica.

Não é um dispositivo de eficácia imediata, como se denota, já que depende de lei específica sobre aquele tema desportivo — e isso reduz a previsão da L. 8.112 a norma puramente programática, e a mais vaga possível, uma vez que lei

que depende de outra lei para ser eficaz é algo como “meia lei”, ou *anúncio de lei*. Dos dizeres desta última lei, portanto, hão de se depreender as condições em que se dará o afastamento com finalidade desportiva, para que o respectivo período seja indiscriminada e amplamente computado como de efetivo exercício.

O último período de afastamento a ser contado como de efetivo exercício consta do inc. XI deste art. 102, e foi introduzido pela Lei n. 9.527/97. Refere-se ao afastamento do servidor para servir em organismo internacional de que o País participe, ou com o qual coopere.

A *participação*, como aqui referida, é sempre oficialmente formalizada, e por isso fácil de divisar. A *cooperação* mencionada, entretanto, nem sempre é de simples ou fácil identificação, pois podem ser virtualmente infinitas as ocasionais formas e condições de cooperação ou de colaboração interpaíses, que variarão indefinidamente ao sabor de uma miríade de circunstâncias técnicas, políticas, sociais, filosóficas ou de qualquer outra natureza.

A participação, neste sentido da lei, é portanto um conceito objetivo, enquanto a cooperação se pode revelar por inteiro subjetiva, e para alguns existir e para outros simplesmente inexistir. Será preciso sempre à autoridade definir se em tal ou em qual caso existe positivamente cooperação, e em que termos, como condição para a concessão do afastamento de servidores a esse título, e para os efeitos do artigo.

Art. 103. Contar-se-á apenas para efeito de aposentadoria e disponibilidade:

I - o tempo de serviço público prestado aos Estados, Municípios e Distrito Federal;

II - a licença para tratamento de saúde de pessoa da família do servidor, com remuneração;

III - a licença para atividade política, no caso do art. 86, § 2º;

IV - o tempo correspondente ao desempenho de mandato eletivo

federal, estadual, municipal ou distrital, anterior ao ingresso no serviço público federal;

V - o tempo de serviço em atividade privada, vinculada à Previdência Social;

VI - o tempo de serviço relativo a tiro de guerra;

VII - o tempo de licença para o tratamento da própria saúde que exceder o prazo a que se refere a alínea b do inciso VIII do art. 102. (Inciso VII incluído pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

§ 1º O tempo em que o servidor esteve aposentado será contado apenas para nova aposentadoria.

§ 2º Será contado em dobro o tempo de serviço prestado às Forças Armadas em operações de guerra.

§ 3º É vedada a contagem cumulativa de tempo de serviço prestado concomitantemente em mais de um cargo ou função de órgão ou entidades dos Poderes da União, Estado, Distrito Federal e Município, autarquia, fundação pública, sociedade de economia mista e empresa pública.

I

Este artigo, que teve um inciso acrescido pela Lei n. 9.527/97, restringe a indiscriminação de efeitos efetuada no artigo anterior. Para agora, apenas se contará o tempo do servidor aqui abrangido para o dúplice efeito de aposentadoria e disponibilidade, e nenhum outro mais. Várias são as causas dos afastamentos, ou mesmo a natureza dos tempos de serviço prestados.

Pelo inc. I, conta-se assim, para disponibilidade e aposentadoria, o tempo de serviço público estadual e distrital. Tal não é mais que mera repetição do § 3º do art. 40 da Constituição Federal de 1988. Significa que todo e qualquer tempo, sob qualquer regime jurídico, prestado por qualquer atual servidor federal, será necessariamente computado em favor deste para efeito de aposentadoria ou concessão de disponibilidade remunerada, às expensas da União. Trata-se de um

dispositivo nesses termos incondicionado, e que, portanto, não poderá sofrer restrições no corpo da lei — a L. 8.112 — ou de outras leis, e menos ainda em regulamentos.

Outra causa de licença (inc. II) contada para efeito de aposentadoria e disponibilidade em favor do servidor é aquela para tratamento de saúde de pessoa de sua família, apenas na parte remunerada. O art. 83 cuida dessa espécie, e em seu § 2º estabelece que os primeiros noventa dias de licença, prorrogáveis por outros noventa, são remunerados; essa parte remunerada da licença será contada em favor do servidor somente para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade, não o sendo sua parte não remunerada.

A teor do inc. III, uma licença enquadrada na mesma situação é aquela concedida para o desempenho de atividade política, desde que exclusivamente a prevista no § 2º do art. 86, a qual é concedida a partir do registro da candidatura do servidor até o décimo quinto dia subsequente ao da eleição. Não se confunde esta última licença com aquela prevista no inc. V do art. 102, para desempenho de mandato eletivo. Aqui a licença é para *campanha* política, independentemente do resultado da eleição; neste caso, então, tão só para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade será contado o tempo da licença prevista no art. 86, § 2º, da L. 8.112.

II

Não se confunda a licença do inc. III com a prevista no inc. IV, ambos deste art. 103, a última das quais é referente ao período que durou algum mandato eletivo federal, estadual, municipal ou distrital cumprido pelo servidor regido pela L. 8.112, anteriormente ao seu ingresso no serviço público federal. Trata-se de evidente benevolência da lei ao antigo mandatário político, quando ainda não era servidor federal.

Para os efeitos exclusivos de aposentadoria e disponibilidade, o antigo agente político, de qualquer nível, foi aqui equiparado ao servidor regido pela L.

8.112, pela soma daquele respectivo tempo de mandato. Tal dispositivo, mais do que benevolente e sem embargo do interesse público que reveste, quase pode ser considerado *pródigo* com o erário, já que se conhecem cidadãos, servidores ou não, que contam às vezes mais que duas décadas de mandatos eletivos ininterruptos, ora em um cargo, ora sequencialmente em outro de nível e natureza diversos, e sejam os mandatos legislativos, sejam executivos.

Com o cômputo previsto no inc. IV do art. 103, assim sendo, um cidadão com esse passado de atividade política poderia ser, logo ao ingressar no serviço público federal, beneficiado por até mais de vinte anos de serviço, para efeito de aposentadoria ou disponibilidade. Essa imprevisível oneração ao erário federal pode ultrapassar qualquer expectativa.

A seguir no artigo, o inc. V verte para o plano da lei o dispositivo constitucional previsto no art. 202, § 2º, em palavras mais sintéticas. Está a significar que todo e qualquer tempo de trabalho em atividade privada, que possa ser comprovado pelo atual servidor federal, será necessariamente somado ao seu tempo de serviço público, para o fim específico de aposentadoria e de disponibilidade. Não há subterfúgio possível ao mandamento constitucional, que em boa hora foi corretamente interpretado pela L. 8.112; apenas se exige que a prova daquele anterior tempo de serviço privado seja definitiva, incontestável, podendo ser procedida por incontáveis meios, juridicamente aceitáveis.

III

O penúltimo motivo de afastamento contado para efeito de aposentadoria e disponibilidade é o previsto no inc. VI deste art. 103, e se refere ao período em que o atual servidor esteve prestando aquela espécie de serviço militar denominada “tiro de guerra”. Não deixa de ser profundamente estranhável essa excessiva protetividade da L. 8.112, uma vez que, ao que se sabe, o tiro de guerra não exigia o afastamento do servidor de seu serviço, visto que durava cerca de apenas duas horas por dia, nas primeiras horas da manhã, o que não

interferia no horário usual de seu trabalho.

Seja como for, se o tiro de guerra exigiu afastamento do serviço público, esse período será computado para a dúplice finalidade a que se refere o *caput*. Não teria o menor propósito computar concomitantemente o mesmo tempo em dobro, uma parte pelo serviço efetivamente desempenhado e outra pelo tiro de guerra prestado no mesmo período. A vedação à contagem concomitante está expressamente prevista no § 3º deste mesmo art. 103.

E a última espécie de afastamento (ou de licença) que se conta apenas para efeito de aposentadoria e disponibilidade é a estabelecida no inc. VII deste art. 103, introduzido pela Lei n. 9.527/97, e que diz respeito ao "tempo de licença para tratamento da própria saúde que exceder o prazo a que se refere a alínea *b* do inciso VIII do art. 102".

Este último prazo é de vinte e quatro meses, de modo que todo licenciamento do servidor, para tratar sua saúde, que exceda dois anos, continuados ou não, será computado apenas para efeito de aposentadoria e disponibilidade, e portanto não será remunerado.

Não deixa de ser curioso o dispositivo, que, complementarmente ao art. 102, VIII, *b*, separa certos efeitos de outros, nesta espécie de afastamento do servidor efetivo. Se esse servidor se licencia para tratar sua saúde por até dois anos, não tem prejuízo de direito algum, mas, se essa licença ultrapassa dois anos, então deixa de ser remunerada, valendo o tempo que exceder apenas para aposentadoria e disponibilidade. O dado curioso é que longos afastamentos para tratamento de saúde anunciam ou prenunciam a aposentadoria por invalidez, que conforme a causa tem proventos privilegiados com relação aos de outras espécies de inativação.

Não está propriamente errado ou irregular o dispositivo, mas o que se aponta é o elemento de curiosidade aí envolvido, pois por vezes um afastamento por menos de dois anos se revela mais que suficiente, aos olhos da medicina especializada, para ensejar a aposentação por invalidez do servidor, e tal situação poderá

em certas hipóteses contrastar, curiosamente, com este dispositivo, que de resto é de fácil compreensão.

IV

O § 1º do art. 103 é outro desses trechos que fazem duvidar da seriedade da lei. Literalmente afirma que o tempo em que o servidor permaneceu aposentado será computado apenas para nova aposentadoria.

Trata-se de cópia malfeita do inc. VI do art. 80 da Lei n. 1.711/52. Aquele dispositivo, como estava redigido, já era em parte incompreensível, pois mandava computar integralmente para efeito de aposentadoria e disponibilidade o tempo que o funcionário esteve em disponibilidade ou aposentado. A L. 8.112 inovou um pouco, nitidamente para pior, abrindo exceção à regra do *caput* e excluindo a disponibilidade. A redação é inacreditável, quando se sabe que uma aposentadoria regularmente concedida jamais pode "emprestar" o tempo de serviço, que a possibilitou, para a concessão de outra.

Somente poderá ter algum sentido o dispositivo se entendido como devendo ser computado o tempo em que o servidor esteve aposentado numa situação posteriormente cancelada, para fim de que lhe fosse concedida nova aposentadoria, dessa vez supostamente correta e por isso apta a ser mantida. De outra forma, o texto não faz o menor sentido.

Em hipótese alguma, em tempo nenhum, poderia o legislador rebaixar tanto a qualidade redacional de suas leis, ao ponto de redigir monstruosidade sem pé nem cabeça como este § 1º do art. 103; pois o que ali está escrito é, tão somente, que o tempo que já serviu para uma aposentação pode servir para outra, como se insuficiente o primeiro cômputo.

V

O § 2º deste art. 103 é absolutamente inconstitucional. Violava originariamente o § 3º do art. 40 da Constituição de 1988, e não encontra

amparo algum no ADCT, sobretudo no seu art. 53. O inc. V deste último artigo citado garante aos ex-combatentes aposentadoria com proventos integrais aos vinte e cinco anos de serviço efetivo em qualquer regime jurídico, mas nunca contagem em dobro do tempo de serviço, ainda que em operação de guerra. Padece assim o dispositivo de insanável inconstitucionalidade, premiando o ex-combatente com algo que a Constituição proíbe.

Atualmente este § 2º deste art. 103 viola todos os parágrafos do art. 40 constitucional, quer do corpo permanente, quer do texto autônomo das Emendas Constitucionais relativas ao tema (sobretudo as ECs n. 20/98, 41/2003 e 47/2005), que se referem à contagem do tempo de contribuição, e às regras que envolvem aquela contagem, tudo isso jamais admitindo contagem em dobro de tempo de serviço, ou de tempo de contribuição.

VI

O § 3º do art. 103, por fim, repete, pouco mais ou menos, dispositivo de anterior lei federal sob contagem recíproca de tempo de serviço, por proibir a soma de tempos de serviço concomitantes, prestados em mais de um cargo ou função em qualquer órgão ou entidade dos três Poderes federais ou estaduais, ou dos dois Poderes distritais e municipais, ou em autarquias ou fundações públicas, ou ainda em sociedades de economia mista ou empresas públicas de qualquer nível.

Trata-se de um dispositivo necessário, mais do que simplesmente moralizador, pois de fato empregos ou cargos prestados concomitantemente consomem apenas uma vez o respectivo tempo do servidor, nunca duas ou mais vezes. Não existe na Constituição respaldo, mínimo que seja, para a divisão do tempo de serviço concomitante prestado por servidor ou trabalhador, para fim de se o duplicar com vista a permitir proveito duplo.

Sempre, portanto, que o servidor acumulou constitucional e legitimamente cargos, empregos ou funções públicas, o tempo de acumulação, ainda que per-

mitida, somente uma vez será computado pela União para fim de aposentadoria e de disponibilidade.

Isso não significa que o servidor não possa ter mais de uma aposentadoria, o que pode, caso haja contribuição para sistemas previdenciários diferentes, por exemplo, um federal e um estadual, repita-se, desde que constitucionalmente admitida a acumulação; apenas significa que a União não concederá duas aposentadorias pelo mesmo tempo de serviço, prestado em dois ou mais cargos ou funções de qualquer nível de governo, ou em qualquer das entidades relacionadas no parágrafo.

Capítulo VIII

DO DIREITO DE PETIÇÃO

Art. 104. É assegurado ao servidor o direito de requerer aos Poderes Públicos, em defesa de direito ou interesse legítimo.

Este texto constitui, pouco mais ou menos, o relativo ao inc. XXXVI, *a* e *b*, do art. 5º da Constituição Federal, bem como, evoluído, ao art. 164 da Lei n. 1.711/52, revogada e substituída pela L. 8.112.

Por ele, a lei assegura ao servidor federal o direito de requerer tanto *direitos* quanto *certidões* à Administração. Num primeiro momento, garante o requerimento de algum direito funcional que o servidor entenda ter; em outro momento, garante-lhe requerer esclarecimento, por pedido de certidão ou de informação, de alguma situação pela qual demonstre "interesse legítimo". Melhor teria sido, quanto a esta última expressão, dizer a lei, como o fez a Constituição, "interesse pessoal", visto que não é possível conceber interesse ilegítimo. Interesse que não seja legítimo é o mesmo que ausência absoluta de interesse, para fim processual ou mesmo jurídico de outra natureza.

Indicando o servidor, portanto, qual seja seu interesse pessoal, ou qual o

direito pleiteado, ainda que de modo genérico, se inequívoco o pedido, e seja para fim administrativo ou judicial, obriga-se a Administração a decidir sobre o requerido.

Sobre isso decidiu o TJSP: “Tem-se inconstitucional a recusa ao recebimento de petição referente a recurso administrativo, pouco importando haver-se competente ou não a autoridade para sua apreciação, igualmente irrelevante ter razão ou não o recorrente” (AC n. 199.114-2, j. 30-3-1993).

O artigo assegura o cumprimento, pela Administração, tanto do princípio da *publicidade* (de que se deve revestir toda sua atuação), inscrito no art. 37 da Constituição, como, em certos casos, do da *ampla defesa* aos acusados em geral, previsto, como direito de qualquer cidadão, no art. 5º, LV, do texto magno.

Por essas razões, ainda que a L. 8.112 nada dispusesse a respeito, o direito líquido e certo à obtenção daquelas certidões remanesceria para qualquer servidor, cidadão, servidor público ou não, e tal direito sempre poderia, como sempre pode, ser exercitado pela via do mandado de segurança. Quanto a requerimento de direito, escusado recordar que também este, com ou sem a previsão deste art. 104, se a lei de fato o confere ao servidor, poderá sempre ser obtido por meio do *mandamus*, ou por outra ação judicial, exercitado ou não o requerimento administrativo.

Art. 105. O requerimento será dirigido à autoridade competente para decidi-lo e encaminhado por intermédio daquela a que estiver imediatamente subordinado o requerente.

Fixa este artigo o encaminhamento necessário do requerimento referido no artigo anterior, seja atinente a direito, seja-o a certidão: será ele endereçado expressamente, pelo cabeçalho, à autoridade administrativa competente para deferi-lo ou indeferi-lo; para esta última autoridade, será o requerimento encaminhado por meio da autoridade imediatamente superior ao requerente, a

quem será entregue o pedido.

Da entrega do pedido deverá a autoridade que o recebe fornecer algum recibo ou protocolo, através do qual poderá o requerente cobrar da Administração a resposta devida. Se for caso de medida judicial, aquele recibo constituirá o primeiro documento apto a demonstrar o descumprimento administrativo do pedido formulado, para então justificar-se a requisição, agora judicial, das mesmas informações.

Art. 106. Cabe pedido de reconsideração à autoridade que houver expedido o ato ou proferido a primeira decisão, não podendo ser renovado.

Parágrafo único. O requerimento e o pedido de reconsideração de que tratam os artigos anteriores deverão ser despachados no prazo de 5 (cinco) dias e decididos dentro de 30 (trinta) dias.

Estabelece este dispositivo o direito, deferido ao servidor, de pedir reconsideração de uma decisão desfavorável, evidentemente denegatória do direito pleiteado, ou, na outra hipótese, denegatória da certidão ou informação pedida. Tais informações são em geral relativas a atos ou contratos da Administração. Apenas uma vez pode ser exercitado o direito a pedir reconsideração.

Tanto o primeiro requerimento quanto o pedido de reconsideração precisarão ser despachados à autoridade que os decidirá, pela que os recebe, no prazo de cinco dias corridos, e decididos em trinta, ambos esses prazos contados do dia posterior à entrega do pedido (na forma correntia do processo civil, acatada pela L. 8.112 no art. 238).

Os primeiros cinco dias interessam à autoridade que recebe o pedido; os demais vinte e cinco, ao próprio servidor requerente. Esgotado o trintídio sem decisão, aí nasce o direito à sua obtenção judicial, por mandado de segurança ou outro procedimento, para o requerente. Não é certa a concessão em juízo do

direito requerido administrativamente; o que é certo é o direito à *decisão* sobre o pedido, ainda que denegatória daquele direito (cujos fundamentos poderão ser matéria, eventualmente, para nova ação).

Observa-se, por fim, que estes, acima, não são prazos para interposição de requerimentos (de direitos ou de informações), porém prazos para, após interpostos, serem *decididos* os requerimentos. Não são, portanto, nem prescricionais nem decadenciais, pelo contrário: descumprido o último, daí nasce (e não morre) um direito ao servidor.

Art. 107. Caberá recurso:

I - do indeferimento do pedido de reconsideração;

II - das decisões sobre os recursos sucessivamente interpostos.

§ 1º O recurso será dirigido à autoridade imediatamente superior à que tiver expedido o ato ou proferido a decisão, e, sucessivamente, em escala ascendente, às demais autoridades.

§ 2º O recurso será encaminhado por intermédio da autoridade a que estiver imediatamente subordinado o requerente.

I

Inteiramente calcado na redação do art. 167 do antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, este art. 107 consigna para o servidor federal o direito a recurso de dois tipos de medidas tomadas pela Administração.

Primeira: *indeferimento de pedido de reconsideração*. Sempre que a Administração indefira o pedido a que se refere o art. 106, pela autoridade competente, deixando assim de examinar as razões do servidor para a reforma da decisão desfavorável, cabe àquele interpor recurso expresso de natureza administrativa.

Segunda: *decisões desfavoráveis de recursos interpostos*. Quando o servidor

recorre de alguma decisão desfavorável e obtém a confirmação da decisão pela instância recursal, obtém o direito de recorrer à autoridade superior à recursal, e assim sucessivamente em escala ascendente, até, por certo, o Presidente da República, que é a última autoridade administrativa, no plano federal, sujeita a receber recurso hierárquico.

Observa-se nitidamente, do inc. II deste artigo, a natureza hierárquica dos recursos administrativos ali previstos. Sendo indeferido por uma autoridade, cabe sempre o recurso a seu superior hierárquico, sucessivamente até o último existente na organização do pessoal. Qualquer desses recursos será encaminhado à autoridade devida sempre por intermédio da autoridade imediatamente superior ao recorrente.

Observa-se aqui, e já há mais de quarenta anos, o extraordinariamente amplo, excessivo burocratismo dos procedimentos peticionais do servidor, no âmbito da Administração. Em certos casos quase não tem fim o número de instâncias recursais administrativas, por exemplo, tratando-se de servidores braçais ou de pequena hierarquia, inseridos em complexas e vastas organizações hierárquicas.

Tal cornucópia de recursos pode até prejudicar o servidor que neles insista quanto ao prazo prescricional do mandado de segurança, que muitas vezes é, sabemos, o único remédio eficaz quanto à excessiva lentidão, e mesmo a indisfarçável má vontade, da Administração, no rever suas decisões. Não se deve olvidar, jamais, o servidor, quanto a esta questão eminentemente processual.

II

J. Guimarães Menegale se estende sobre o tema de que não pode a decisão do recurso versar sobre pedido estranho ao seu texto, decidindo *extra* ou *ultra petita* (tal qual é proibido no direito processual)**[56]**. Entendemos que, inobstante a autoridade inegável deste autor, menos tinta precisaria ter sido gasta com esta matéria, pois é no mínimo profundamente irregular a atitude do recorrente que se rebela, em seu recurso, contra algo que não foi decidido, modificando

requerimento anterior, bem como da autoridade recursal que decide sobre ponto não ventilado no recurso.

Não parece juridicamente admissível, em absoluto, nem um recurso extrar-requerimento, nem a sua decisão *extra* ou *ultra petita*. A regra do processo civil incide, transportando-se por analogia, diretamente sobre o problema aqui focado, não restando duvidoso que contra decisão *extra* ou *ultra petita*, que evidentemente deixe de satisfazer o servidor e que não se modifique ulteriormente graças a novo recurso, cabe, só por esse fato, medida judicial que a modifique, ou a faça versar sobre os exatos termos do pedido originário.

Art. 108. O prazo para interposição de pedido de reconsideração ou de recurso é de 30 (trinta) dias, a contar da publicação ou da ciência, pelo interessado, da decisão recorrida.

Aqui, sim, temos o prazo para interposição tanto de pedido de reconsideração quanto de recurso. Esse prazo é de trinta dias corridos, a contar da publicação na imprensa ou da ciência (por algum outro modo de notificação) pelo interesse da respectiva decisão da qual recorra.

Não se deve confundir esse prazo com aqueles previstos no parágrafo único do art. 106, os quais interessam apenas a autoridades administrativas, e não ao servidor recorrente.

A lei se refere à publicação ou à ciência, em razão de que certas entidades da Administração federal rotineiramente publicam no *Diário Oficial* as decisões, para todos os fins, enquanto outras notificam por escrito, pessoalmente ou pelo correio, o interessado; seja qual for a forma de comunicação, do dia subsequente a ela começa a fluir o prazo de trinta dias para que o interessado, querendo, apresente seu recurso.

O recurso, evidentemente, como toda petição à Administração Pública, precisará ser procedido por escrito, formalmente, podendo ser ou não subscrito

por advogado regularmente constituído.

Art. 109. O recurso poderá ser recebido com efeito suspensivo, a juízo da autoridade competente.

Parágrafo único. Em caso de provimento do pedido de reconsideração ou do recurso, os efeitos da decisão retroagirão à data do ato impugnado.

Através deste dispositivo a Administração federal fica autorizada a conferir efeito suspensivo aos recursos recebidos de servidores, na forma dos artigos precedentes. Efeito suspensivo, como o nome o indica, é aquele que paralisa o curso do procedimento no estágio em que se encontre, impedindo os efeitos, eventualmente indesejáveis, que poderiam advir da continuação normal do procedimento.

Ocorre que, por prudência, é conveniente suspender algum procedimento administrativo, ou mesmo judicial, quando a autoridade julgadora simplesmente desconfia de que o recorrente pode ter razão quanto ao que alega; se o procedimento continua, às vezes só por isso acarreta grave lesão ao direito do recorrente, plenamente evitável pela simples suspensão dos atos subsequentes.

Recomenda a cautela, assim sendo, sempre que for razoável a aparência do bom direito (*fumus boni iuris*) e toda vez, também, que se imagine poder periclitar aquele mesmo direito pela simples demora na sua concessão (*periculum in mora*), atribuir suspensão imediata ao recurso, dando-lhe efeito suspensivo.

Todo recurso tem efeito devolutivo, ou seja, o de devolver à autoridade recursal o conhecimento da matéria recorrida; mas nem todos têm o suspensivo, já descrito.

A autoridade que recebe o recurso, tão logo possa, deve declinar se o faz com efeito suspensivo ou não, para melhor esclarecimento das partes.

O parágrafo único deste artigo estabelece o efeito *ex tunc* do provimento do recurso, vale dizer: desde a data do ato impugnado, ou recorrido, deve ele ser modificado, desfazendo-se assim, desde aquela ocasião, todos os efeitos produzidos pela decisão agora reformada. Os efeitos do provimento do pedido de reconsideração ou do recurso, portanto, não se fazem notar apenas na sua data de expedição, porém retroagem expressamente, por força da lei, até a data do ato recorrido.

Este é o típico efeito da anulação de atos administrativos, conforme assente na doutrina e mesmo nas leis de cunho administrativo. Difere daqueles da *revogação*, produzidos apenas da data da revogação e não se espraiando para trás, como neste caso se espraiam.

Art. 110. O direito de requerer prescreve:

I - em 5 (cinco) anos, quanto aos atos de demissão e de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou que afetem interesse patrimonial e créditos resultantes das relações de trabalho;

II - em 120 (cento e vinte) dias, nos demais casos, salvo quando outro prazo for fixado em lei.

Parágrafo único. O prazo de prescrição será contado da data da publicação do ato impugnado ou da data da ciência pelo interessado, quando o ato não for publicado.

Prevê este artigo os prazos prescricionais de diversos atos referentes à vida funcional dos servidores regidos pela L. 8.112.

Dividem-se em dois os grupos de atos que o artigo elenca, cada um dos quais sujeito a determinado prazo prescricional.

O primeiro grupo é aquele abrangente dos atos de demissão, de cassação de aposentadoria ou disponibilidade do servidor, ou aqueles que afetem interesse patrimonial, bem como créditos resultantes das relações de trabalho, relativos ao

servidor. O segundo grupo envolve atos relativos aos demais casos, a não ser que outro prazo esteja expressamente fixado em lei.

Prescrição significa, no processo civil, a perda do direito à ação que assegure algum direito. Diferencia-se da decadência, que é diretamente a perda do direito. Prescrição é portanto o desaparecimento do direito ao processo; decadência, de que aqui a lei não cuida, é a própria perda do direito substantivo e originário.

Ao citar prazos prescricionais, a L. 8.112 indica acatar a teoria processual para o seu contexto, determinando assim que no primeiro caso o servidor demitido, ou aquele que teve sua aposentadoria ou disponibilidade cassada, ou aquele afetado em seu interesse patrimonial, ou aquele prejudicado quanto a crédito oriundo de suas relações de trabalho com a Administração, este servidor tem o prazo de cinco anos, contados a partir da publicação do ato respectivo que o prejudicou, ou contados da data da ciência por outra forma que não a publicação na imprensa, para ingressar com pedido de reconsideração daquele ato, ou, se for o caso, com recurso.

Ocorrendo a hipótese de perder esse prazo, prescreverá, na esfera da Administração, seu direito de requerer pleiteando a modificação de qualquer daqueles atos. Ingressando com requerimento após prescrito seu direito, a Administração não poderá deferir seu pedido.

E mais de uma vez decidiram os tribunais, também para os efeitos deste artigo, que o prazo decadencial de cinco anos, previsto no art. 54 da lei do processo administrativo federal, se impõe à Administração de modo fatal e peremptório.

É o caso do TRF-1ª Região, para o qual “1. O exercício do poder de autotutela conferido à Administração está subordinado ao prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da prática do ato, de acordo com o art. 54 da Lei n. 9.784/99. 2. Os atos administrativos praticados antes da vigência do referido diploma legal também estão sujeitos ao prazo decadencial quinquenal. Precedentes deste Tribunal Regional Federal da 2ª Região e do Superior Tribunal de Justiça. 3.

Agravo de instrumento não provido" (Agravo n. 2003.01.00.012443-9-MA, 2ª Turma, *DJ*, 13-11-2003).

O rol dos atos cujo direito de requerer prescreve em cinco anos é taxativo, exaustivo, *numerus clausus*, fechado. Não é exemplificativo, nem admite hipóteses não previstas no inc. I do art. 110. Qualquer outro ato que o servidor entenda prejudicial à sua vida funcional pode ser objeto de requerimento à Administração (pedidos de reconsideração ou recurso, quando é o caso), porém não mais no prazo de cinco anos, e sim no de 120 dias, conforme prevê o inc. II deste art. 110.

Trata-se, como é fácil verificar, de prazo muito mais exíguo que o primeiro, em razão da menor gravidade, suposta pela lei, dos demais atos prejudiciais ao servidor, não elencados no inc. I deste artigo.

Não foi desta vez ainda, quarenta anos após editada a Lei n. 1.711, que se unificaram os prazos prescricionais de requerimentos contra atos prejudiciais aos servidores federais, como expressamente desejara Guimarães Menegale**[57]**. Manteve-se nesta L. 8.112 a orientação do antigo estatuto, art. 169, dividindo-se os prazos prescricionais em dois grandes grupos, de cinco anos e de 120 dias.

Os 120 dias chamam demasiadamente a atenção do intérprete, já que constituem também o prazo máximo para impetração do mandado de segurança; não deve nunca, dessa forma, o servidor federal, que tem certeza do direito pleiteado, perder o prazo do mandado de segurança que lhe assistiria, em favor de um prazo prescricional, dentro da Administração, que pode afinal não lhe redundar em nenhum resultado positivo.

Art. 111. O pedido de reconsideração e o recurso, quando cabíveis, interrompem a prescrição.

Cuida este artigo de interrupção de prescrição.

A técnica não é das melhores; deveria a lei referir-se a interrupção de prazo de prescrição, pois é de fato o *prazo* que pode ser interrompido, uma vez que a própria prescrição não o pode, dada a sua natureza de constituir-se em apenas um momento, efêmero e irreversível quando ocorre. Dessa forma, o pedido de reconsideração, ou o recurso, pode eventualmente interromper o prazo prescricional, ou seja, os cinco anos, no caso do inc. I do art. 110, ou os 120 dias, no caso do inc. II. Uma vez interrompido o prazo, fica ele em suspenso, até, por outra razão, voltar a fluir, do ponto em que parou.

A expressão “quando cabíveis” significa que, a critério da Administração, quando o pedido de reconsideração ou o recurso forem julgados pertinentes e tempestivos, apenas nestes casos, interrompem o prazo prescricional. Sempre que a Administração receba um recurso ou um pedido de reconsideração, deverá examinar primeiro se está interposto dentro do prazo previsto no art. 108 (trinta dias); se estiver, deve a Administração em seguida examinar se é caso para recebê-los, ou seja, se existe uma decisão da qual recorrer, ou se existe um direito que pleitear, ou se existe alguma deliberação anterior, referente ao servidor, que mereça reconsideração.

Em caso afirmativo também aqui, será então julgada cabível a petição. Assim, automaticamente estará interrompida a fluência do prazo de prescrição da mesma peça. Resumem-se portanto a dois pontos o exame do cabimento tanto do pedido de reconsideração quanto do recurso, por parte da Administração: primeiro, se foi interposto dentro do prazo do art. 108; segundo, se versa sobre algum ato de que se peça reconsideração, ou de que se recorra.

Art. 112. A prescrição é de ordem pública, não podendo ser relevada pela administração.

Quando se afirmou anteriormente que a Administração não pode deferir requerimento cujo prazo prescricional já se esgotou, aludiu-se exatamente ao

teor deste art. 112: a prescrição dos prazos para interposição de pedidos de reconsideração ou de recursos é de ordem pública, referindo-se ao interesse público que a Administração federal tutela, e dessa forma não podem ser perdoados, desconsiderados, ignorados, anistiados, isentados, ou, em outra palavra, relevados pela mesma Administração. Nesse exato sentido a Orientação Normativa n. 13 do DRH da SAF, plenamente correta, e o próprio art. 115.

Os prazos prescricionais são regras fatais para a Administração, que não pode negociar quanto a eles. Não se está referindo aqui hipótese de interrupção de prescrição, que não é negócio, mas outra obrigação imposta à Administração pelo art. 111, sempre que ocorram os fatos que a ensejam. Não é o caso de relevo ou perdão pela Administração de prescrições ocorridas. A isto último, em hipótese alguma, pode a Administração proceder, nem mesmo permitir que aconteça. De outro modo, razão alguma haveria para sequer existirem prazos.

Art. 113. Para o exercício do direito de petição, é assegurada vista do processo ou documento, na repartição, ao servidor ou a procurador por ele constituído.

Este artigo assegura vista do processo, dentro da repartição, ao servidor interessado, ou a procurador regularmente por ele constituído, para que melhor possa exercitar o direito de petição.

Observa-se que não se fala aqui do direito de defesa, ou do princípio da *ampla defesa*; refere-se apenas ao direito de petição, ou seja, ao direito de pedir, peticionar, requerer, recorrer, pedir reconsideração à Administração, e nada mais. Não se confunde o direito de petição com o direito de ampla defesa, que é muito mais amplo e complexo.

Quanto à substituição do pedido de certidão pela ação do *habeas data*, em sentido do incabimento, assim decidiu o TRF-2ª Região: “1. O instituto do *habeas data* visa a assegurar o conhecimento de registros inerentes a certa

pessoa, constantes de repartições públicas ou particulares acessíveis ao público e para a retificação de dados pessoais. O acesso a essas informações deve ser deferido pelo poder público, que não pode manter em sigilo dados pessoais, como os que se referem à convicção filosófica, religiosa, política, conduta pessoal, etc. 2. Pedido de informação sobre restrição, em registros da Polícia Federal, quanto ao direito do impetrante ter assegurada sua saída do país. Medida que se obtém mediante pedido de certidão. Não cabimento do remédio constitucional como substitutivo do pedido de certidão. 3. Recurso improvido" (AC n. 123.444-RJ, 1ª Turma, *DJ*, 28-1-2003).

Pelo direito de petição o servidor requer ou pede algo à Administração, relativo a algum direito que entenda ter, ou a alguma decisão administrativa que o peticionário entenda prejudicial a seu interesse. Apenas na hipótese de ser esse servidor acusado de alguma irregularidade, alguma falta, delito, crime, ou conduta antijurídica, só aí a Administração, para poder impor-lhe pena, precisará então assegurar-lhe ampla defesa; não é, em absoluto, este o caso.

É, portanto, plenamente constitucional, não afrontando nenhum direito do servidor, que este, para exercer seu singelo direito de petição, possa ter vista e acesso ao respectivo procedimento administrativo somente na sede da Administração, sem dali retirar os autos. Faculta-se, para exercitar seu direito de petição, que o servidor nomeie advogado, sendo obrigado nesse caso a fazer juntar a respectiva procuração aos autos.

Frise-se por fim que, em qualquer petição que encaminhe à Administração, não precisará o servidor, mesmo que constitua advogado, fazer que revista forma estritamente judicial, com sua formatação, seus jargões e seus maneirismos todos peculiares; basta-lhe expor a situação, explicitar e fundamentar seu direito e objetivamente formular o pedido.

Art. 114. A administração deverá rever seus atos, a qualquer tempo, quando eivados de ilegalidade.

Esta regra traduz uma obrigação moral, que pode converter-se em obrigação judicial, da Administração: revisar seus atos, a qualquer tempo, quando contenham ilegalidade ou inconstitucionalidade. É a versão simplificada, na L. 8.112, da vetusta e sempre atual Súmula 473 do STF, que reza similarmente, separando entretanto anulação de revogação. A L. 8.112 neste momento não separou as instituições, que são rigorosamente inconfundíveis.

Trata-se de *dever* da Administração essa revisão do ato irregular, e não de simples faculdade que lhe poderia ser deferida. Sempre que saiba, por qualquer meio, que algum ato seu contém ilegalidade ou, antes mesmo, inconstitucionalidade manifesta, precisa necessariamente revê-lo, anulando-o se for o caso, ou modificando-o de modo a extirpar a irregularidade constitucional ou legal.

A propósito do tema *anulação*, que é diferente de revogação, consoante se sabe, quatro anos antes da edição da L. 8.112 a União Federal redigira o exemplar art. 39 da anterior lei federal de licitações, o Decreto-Lei n. 2.300, de 21-11-1986, da forma seguinte: "A Administração poderá revogar a licitação por interesse público, *devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou mediante provocação de terceiros*" (grifamos).

Atualmente a Lei n. 8.666, de 21-6-1993, a lei nacional de licitações e contratos administrativos, por seguro menos exemplar em seu integral teor que a lei anterior, passou essa regra para o seu art. 49, que por acaso está melhor ainda que o equivalente dieito anterior, transcrito, pois que exige a anulação pela Administração sempre que esta simplesmente se convença de alguma ilegalidade que haja praticado no procedimento licitatório.

E também a lei do processo administrativo federal, a Lei n. 9.784, de 29-1-1999, em seu art. 53 consigna a mesma regra obrigacional da Administração, seja a de poder revogar ato inconveniente, e de precisar obrigatoriamente anular ato ilegal.

Assim é também aqui, no caso do estatuto dos servidores públicos: sabedora

de qualquer vício de legalidade, ou mesmo de constitucionalidade, contido em algum ato que praticara, precisa a Administração, sem outra escolha, revisá-lo, anulando-o ou o modificando até o ponto de remover a mácula. Trata-se de dever incontornável, e não de mera faculdade, como seria a revogação de algum ato.

Art. 115. São fatais e improrrogáveis os prazos estabelecidos neste Capítulo, salvo motivo de força maior.

Constitui este artigo mero lembrete às autoridades administrativas, e não precisaria, de outro modo, existir. Com efeito, todo e qualquer prazo é fatal e improrrogável, salvo se a lei que o estabeleceu o declare prorrogável por determinado tempo.

Não existe outra função para "qualquer prazo" senão a de delimitar um espaço de tempo para que, dentro dele, o interessado exerça algum direito; pudesse esse direito ser exercitado a qualquer tempo, nenhum prazo precisaria existir. Nesse caso, um fato acontecido há cinquenta anos poderia ensejar, hoje, um pedido de revisão; isso constituiria a negação de toda a teoria geral do direito, contrariando o menor resquício de razoabilidade. A lei evidentemente não pode agasalhar semelhantes despautérios, que inviabilizariam, com o tempo, qualquer organização.

Mas acontece que a L. 8.112 procedeu a uma ressalva à fatalidade e à improrrogabilidade dos mesmos prazos que referiu: a ocorrência de *força maior*, ou motivo de força maior.

Força maior é costumeiramente definida como o evento imprevisível, acontecido e não devido a responsabilidade, culpa ou dolo de qualquer das partes envolvidas, e cuja gravidade, natureza ou montante inviabilizem a regular continuidade do negócio, do ato, do procedimento, do processo, ou mesmo da vida da Administração, ou de particulares.

O conceito é muito importante, e no direito do trabalho a própria CLT definiu

força maior como “todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente” (art. 501). Observa-se assim a preocupação do legislador em ressalvar hipóteses de ocorrências, absolutamente imprevisíveis, que alterem a expectativa tanto da Administração quanto do servidor público, com relação a futuros atos ou à produção de futuros fatos.

Imagine-se que no último dia do prazo prescricional de 120 dias previsto no inc. II do art. 110, por exemplo, quando o servidor iria ingressar com um recurso, ocorre um terremoto e destrói a cidade onde se localiza a sede respectiva da Administração. Sendo imprevisível, não devido à vontade ou à responsabilidade nem da Administração nem do servidor, constituindo esse acontecimento natural autêntico motivo de força maior, forçoso à lei que permita à Administração, neste caso e só neste caso, relevar a prescrição, dilatando posteriormente, quando puder, ao menos por um dia, o prazo para o recurso.

Assim como nesse exemplo, algo exagerado mas passível de ocorrer, outros motivos de força maior podem acontecer sem sombra de dúvida; nessas hipóteses estará autorizada a Administração a relevar, a prorrogar, a perdoar por algum prazo razoável, porém certo, as prescrições acontecidas, enquanto presente o motivo de força maior.

Parece desnecessário recordar que não se podem forjar ou fabricar motivos de força maior. Os fatos devem ser suficientemente graves para se a caracterizar, e só existirá, de direito, algum motivo de força maior se expressamente assim declarado pela Administração, que nessa declaração reconhece a excepcionalidade do acontecido. Vale afirmar: só existe motivo de força maior quando a Administração Pública assim o admite, e o declara expressamente.

Título IV

DO REGIME DISCIPLINAR

Capítulo I

DOS DEVERES

Artigo 116

Art. 116. São deveres do servidor:

I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;

II - ser leal às instituições a que servir;

III - observar as normas legais e regulamentares;

IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;

V - atender com presteza:

a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo;

b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal;

c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública;

VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior, ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração; (Inciso VI com redação dada pela Lei n. 12.527, de 18-11-2011.)

VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público;

VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição;

IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa;

X - ser assíduo e pontual ao serviço;

XI - tratar com urbanidade as pessoas;

XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.

Parágrafo único. A representação de que trata o inciso XII será encaminhada pela via hierárquica e apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual é formulada, assegurando-se ao representando ampla defesa.

I

Aqui se enfeixa uma longa série de deveres do servidor, a maioria de natureza moral e de cunho subjetivo, sendo raros deles objetivos.

São deveres objetivos do servidor aqueles previstos nos incs. III, V, *b* e *c*, e X; os demais são meras regras morais de conduta, de aquilatação subjetiva e variável infinitamente, conforme a infinidade de julgadores envolvidos. Cada cabeça profere uma sentença, reza o adágio, e desse modo com certeza cada julgador fará apreciação particular, a cada caso, sempre que provocado, sobre se cada servidor federal submetido à regra deste art. 116 cumpriu ou não seu dever.

Se o servidor exerceu com zelo as atribuições de seu cargo; se foi leal à sua instituição ou não; se observou satisfatoriamente as normas legais e regulamentares ou não; se bem cumpriu as ordens superiores; se atendeu com presteza ao público; se denunciou as irregularidades de que teve ciência ou não, ou se sabia que certos fatos, de que teve conhecimento, eram irregulares; se cuidou de economizar material e conservar o patrimônio público ou não; se foi suficientemente sigiloso sobre assuntos de sua repartição; se sua conduta funcional foi moral, pouco moral ou imoral por completo; se a urbanidade dedicada às pessoas foi aquela de esperar ou não.

Deveres assim tão genéricos, por cujo eventual descumprimento a L. 8.112

não prevê nenhuma penalidade afora a remota hipótese de advertência (cf. o art. 129), são de fato raros balizamentos ou parâmetros morais de comportamento, e não obrigações objetivamente impostas, que possam ser com a mesma objetividade exigidas, nem que ensejem sanção objetiva pelo seu descumprimento.

A dificuldade de sanção reside exatamente na pouca objetividade com que os deveres deste artigo são insculpidos na lei. Não sendo de objetiva imposição, nenhuma objetiva exigibilidade os atinge. E aquela advertência prevista no art. 129 é rarissimamente intentada pela Administração.

Não se quer aqui incitar, nem mesmo sugerir, o descumprimento ou o menosprezo desses importantes deveres morais, a que o servidor federal se sujeita. Ele deve sim, evidentemente, cumpri-los, tanto quanto possa ou saiba, sendo talvez desnecessário enumerá-los com tal minúcia nalgum país onde o povo seja efetivamente educado. O que é por certo questionável é a sua objetiva exigibilidade, a qual, afora quanto às exceções no início alinhadas, é quase nenhuma.

Curiosíssima, entretanto, é a previsão do parágrafo único deste art. 116, quando examinado em conjunto com o inc. XII. Dali se lê que é dever do servidor representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder, evidentemente por parte de alguma autoridade administrativa, sobretudo aquelas de superior nível hierárquico. O parágrafo único informa como deverá ser encaminhada aquela representação: pela via hierárquica, e apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual é formulada, *assegurando-se ao representando ampla defesa*(!).

Observa-se que a L. 8.112 está neste passo reconhecendo expressamente que o representando, que é o autor da representação contra alguém, estará sujeito a retaliação, vingança, represália, perseguição. Por isso assegura ao representando, e não ao representado, como deveria ser, ampla defesa.

A lei transformou a pessoa que representa no acusado, para deferir-lhe ampla

defesa! Isto é no mínimo profundamente risível, salvo se tenha havido erro de datilografia (já que em 1990 não era comum a atual digitação em computador) na redação, até hoje não corrigida, da L. 8.112, grafando-se “representando” em lugar de “representado”.

Seja como for, representação é denúncia, é comunicação de fato irregular. Sabe-se que não é nem um pouco comum, na prática administrativa brasileira, um subordinado representar contra seu superior, sendo mais frequente a representação do superior contra um subordinado, sempre que isso possa produzir algum efeito, desejado pelo representando.

Esclareça-se que nem sempre o simples poder hierárquico pode produzir os mesmos efeitos de uma representação. Representa-se, por exemplo, para fins de instauração de inquérito ou processo administrativo, endereçando-se à autoridade competente para determinar sua instauração.

Constituindo mera notícia de irregularidade, não precisa a representação, também, guardar forma judicial estrita, sendo-lhe suficiente expor o fato irregular, apontar o fundamento da tipificação e pedir as providências devidas.

II

O inc. VI deste artigo teve sua redação alterada pela Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011, que entrará em vigor 180 dias após sua publicação. Assim, até 18 de maio de 2012 vale a redação anterior do dispositivo, e essa nova redação, acima transcrita, a partir de então.

Em muito pouco contribuiu a Lei n. 12.527/11 com a boa técnica legislativa e as finalidades da lei, pois permite ao servidor que pretende denunciar irregularidade *suspeitar* de seu chefe ou entendê-lo indigno de ouvir a denúncia. Pode com isso eleger outra autoridade, que por vezes será absolutamente estranha ao âmbito da questão envolvida, para receber a denúncia, rompendo com isso a hierarquia institucional a que está sujeito. É de se imaginar, a essa altura e se concretizada a denúncia ao “não chefe”, quão péssima passará a ser a

imagem do denunciante perante o seu verdadeiro superior e que pouca consideração passará a merecer – quando não velada, ou mesmo aberta, a perseguição funcional e pessoal. Ainda que compreensível, não é nada técnica essa alteração da lei, e não será desse modo que as denúncias no serviço público haverão de atingir seu destino adequado.

Pior: a regra parece dar poder ao servidor que pretenda denunciar escolher qual será a outra autoridade competente para recebê-la que não seu superior imediato. Com efeito, se não é o seu superior imediato competente para receber a denúncia, então quem será? A quem cabe dizer – não seriam as leis ou os atos de organização interna de cada órgão? Outra pergunta: se não for o superior imediato, então *acaso existe outra autoridade competente* para receber denúncia de alguém de fora de seu quadro ou de sua carreira? Alguma regra de organização interna do pessoal acaso estabelecerá uma competência esdrúxula e desparametrada como essa? Duvida-se, pois isso não faz sentido, e o direito fica, dessa forma, tremendamente mal parado, estimulando, isso sim, a absoluta contenção da vontade de denunciar o que quer que seja.

Capítulo II

DAS PROIBIÇÕES

Art. 117. Ao servidor é proibido:

I - ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato;

II - retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição;

III - recusar fé a documentos públicos;

IV - opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço;

V - promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da

repartição;

VI - cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado;

VII - coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político;

VIII - manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil;

IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;

X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário; (Inciso X com redação dada pela Lei n. 11.784, de 22-9-2008.)

XI - atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro;

XII - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;

XIII - aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro;

XIV - praticar usura sob qualquer de suas formas;

XV - proceder de forma desidiosa;

XVI - utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares;

XVII - cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias;

XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho;

XIX - recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado. (Inciso XIX incluído pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

Parágrafo único. A vedação de que trata o inciso X do caput deste artigo não se aplica nos seguintes casos:

I - participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros; e

II - gozo de licença para o trato de interesses particulares, na forma do art. 91 desta Lei, observada a legislação sobre conflito de interesses. (Parágrafo único, com incisos, introduzidos pela Lei n. 11.784, de 22-9-2008.)

I

Se a lista de deveres prevista no art. 116 é longa, maior ainda é esta, referente às proibições impostas pela L. 8.112 aos servidores federais. Ocorre, entretanto, aqui, uma diferença fundamental: toda e qualquer proibição é objetiva, na medida em que o seu descumprimento pode ensejar tipificação ou enquadramento penal do infrator, conforme se observa do disposto nos arts. 129, 132, 137, que são específicos, da L. 8.112, além de em outros artigos, genéricos, porém indicativos de coerção contra procedimentos do servidor que afrontem as proibições funcionais contidas neste art. 117.

Em primeiro lugar deve ser recordado que, tratando-se de cerceamento de direito, os dezenove incisos do art. 117 constituem um rol taxativo, final, fechado, exaustivo, *numerus clausus.* Deve-se interpretá-lo como contendo *todos os* procedimentos que ao servidor é proibido ter, à exceção de qualquer outro, salvo se previsto expressamente em outro momento da lei.

Sendo dispositivos que restringem direitos, somente restritivamente podem ser lidos e aplicados, nos exatos termos escritos na lei, sem a menor

possibilidade de se sujeitar a interpretações ampliativas, analógicas, sistemáticas, teleológicas ou finalísticas, históricas, generalizantes ou difusas.

Não pode ser lido ampliativamente, di-lo com todas as letras a melhor doutrina e a mais pacífica jurisprudência, qualquer dispositivo legal que restrinja direito, que cerceie conduta, que delimite campo de atuação, que impeça procedimento. A própria palavra “interpretação”, para casos assim, é de duvidosa propriedade, pois apenas se interpreta o texto que não está meridianamente claro e objetivo, e essa objetividade absoluta é simplesmente obrigatória nas regras jurídicas que restringem direitos.

Com efeito, não teria qualquer garantia de segurança, no desempenho de suas atribuições regulares, qualquer servidor público que sem o saber estivesse proibido de inúmeras atitudes, não escritas na lei mas apenas subsumidas ou presumidas na ideia de seus superiores hierárquicos, ou de quem quer que fosse. Assim ocorre também na vida civil, quanto às disposições penais que limitam a atuação do cidadão comum.

II

Inspirado no art. 195 da antiga Lei n. 1.711/52, foi este art. 117 significativamente ampliado com relação àquela fonte.

Correndo os olhos por sobre os incisos se observa que dos incs. I e II nenhuma dúvida pode restar de ordem interpretativa: é proibido ao servidor retirar-se do serviço sem autorização do superior hierárquico durante o expediente, como lhe é proibido retirar, desautorizado, qualquer documento ou qualquer objeto da mesma repartição. Tais condutas podem, no caso de retirada de objetos da repartição, ser até mesmo tipificadas penalmente como furtos, o que é evidentemente mais grave do que mera infração administrativa, como parece pretender tipificá-las a L. 8.112.

É vedado ao servidor (inc. III) recusar fé a documentos públicos, ou seja: qualquer documento oficial, que não seja manifestamente adulterado ou

falsificado, merece aceitação por todo servidor federal, sem possível esquiva ou objeção. Este dispositivo traduz obrigação que é imposta à Administração por força da Constituição Federal, art. 19, II.

Não pode o servidor, a teor do inc. IV, opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço, vale dizer: sem justificativa plausível e expressa, veda-se ao servidor denegar seguimento a documento, mas principalmente a processo, ou a execução de serviço a sua conta, sabendo-se que, para esta prestação, existe o próprio servidor. Sendo seu papel institucional dar andamento a tais procedimentos, sem explicar e bem fundamentar as razões de sua negativa em fazê-lo, é-lhe naturalmente proibida esta atitude.

Guarda relação o inc. V com o inc. VII deste artigo. É proibido ao servidor manifestar-se publicamente a favor ou em desfavor de alguém ou alguma causa, dentro da repartição (inc. V); é-lhe também proibido (inc. VII) realizar proselitismo político, aliciando subordinados para que se filiem a entidades profissionais, sindicais ou político-partidárias, e desta vez a lei nem sequer restringe a norma proibitiva ao âmbito da repartição, generalizando-a para fora dela.

Visa com esses dois dispositivos impedir ao superior que exerça qualquer sorte de pressão ideológica ou coerção sobre seu subordinado no local onde se encontre, restringindo-lhe a escolha de agremiações a que pretenda pertencer, e tolhendo-lhe o livre-arbítrio com que deve conduzir sua vida inteira.

O inc. VI do artigo proíbe algo igualmente óbvio, ou seja, atribuir função a alguém, servidor ou não, estranho à repartição, que deveria pelo próprio servidor ser desempenhada. Seria a proibição de o servidor transferir sua responsabilidade para outrem, de fora da repartição a que pertença, o que significa a mais óbvia das vedações: cada qual está proibido de trespassar sua responsabilidade a quem originariamente não a detenha.

O inc. VIII do artigo impede ao servidor manter sob sua chefia imediata,

desempenhando cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil. Este dispositivo visa proibir o denominado nepotismo no serviço público, que se traduz pela nomeação de parente ou afim, com evidente vista apenas ao engordamento da economia doméstica à custa do erário, como contrapartida o "parente", regra geral que comporta exceções, oferecendo o pior serviço imaginável. A chancela de "parente" costuma significar a pior qualificação dentro do que se observa no serviço público.

Este dispositivo deve estar se dirigindo apenas às mais altas autoridades na organização do serviço público federal, pois só estes detêm a livre nomeação de cidadãos para cargos ou funções de confiança. Não é qualquer servidor que terá à sua disposição cargos ou funções abertas, para que indique o escolhido. Trata-se de um dispositivo moralizador, recentemente implementado de forma eficaz no Poder Judiciário e não por força da L. 8.112, que precisa ter a aplicação estreitamente vigiada.

III

O inc. IX contém norma de cunho moral, sobremaneira subjetiva e dificilmente avaliável quanto aos seus exatos limites. Vai do senso pessoal de cada servidor a avaliação de se o cargo que desempenha lhe está ou não servindo para auferir proveito pessoal, ou de outrem, e se esse proveito está ou não ferindo a dignidade da mesma função pública. Não resta dúvida de que apenas em casos gritantemente lesivos a esta ordem poderá haver coibição eficaz contra quem pratique o excesso.

O inc. X, na redação dada pela Lei n. 11.784/08, veda ao servidor "participar de gerência ou administração de sociedade privada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário". Observa-se que a regra estabelece proibições e em seguida abre exceções, tudo no inc. X.

Após isso, o novo parágrafo único do artigo, com seus incs. I e II, declara inaplicáveis as vedações do inc. X em duas hipóteses. Nessa tortuosa técnica de

proibir, excepcionar e depois declarar inaplicáveis as proibições em algumas hipóteses, ou seja, dispor negativamente, inverter e reinverter, torna-se preciso emprestar bastante cuidado à aplicação.

Seja como for, após a modificação havida em maio de 2008, simplificaram-se as proibições que existiam na forma anterior do inc. X — que, a seu turno, já não era originária da lei, pois fora dada pela Lei n. 11.094, de 13-1-2005. O que além do texto atual constava do inc. X passou agora a figurar, com pouca diferença, do parágrafo único e seus incs. I e II, que a Lei n. 11.784/2008 introduziu neste artigo.

E, como o referido parágrafo único, com seus incs. I e II, se refere ao inc. X, então todos merecem comentário neste momento, em seu conjunto.

Registre-se em primeiro lugar que, com a Lei n. 11.784/2008, a L. 8.112, neste momento, deixou de se referir a sociedades privadas "personificadas ou não personificadas", atentando, ao que parece, a outra recomendação constante da edição anterior, onde dissemos que:

"Não deixa de ser curiosa a menção a sociedades privadas não personificadas, porque com isso a lei pretende proibir o servidor de exercer qualquer atividade econômica, mesmo que informalmente, como numa fabriqueta de fundo de quintal, o que não deixa de ser ridículo, a par de incontrolável".

Pois bem: a Lei n. 11.784/2008 suprimiu aquela estranha referência a sociedades *não personificadas*, e com isso a L. 8.112 não mais se refere àquilo — e outra vez somente se pode elogiar a intervenção do Executivo.

Pelo novo inc. X, como se viu, o servidor regido pela L. 8.112 em princípio e *prima facie* está proibido de "participar de gerência ou administração de sociedade privada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário". Assim, se não se encontrar n'alguma das exceções finais a lei veda que integre aqueles órgãos, ou desempenhe aquelas funções nas entidades que menciona.

Portanto, se *como comerciante* for apenas cotista, acionista ou comanditário, então nenhum impedimento existirá com relação ao exercício de seu cargo público. Quanto à gerência ou administração, o impedimento, entretanto, é evidente, pois que essas são funções autônomas e que em nada dependem de ser a pessoa cotista, comanditária ou gerente.

Ao final do rol de incisos, no entanto, o parágrafo único do art. 117 *excepciona* a proibição do inc. X (que já tinha sofrido exceções ao final do texto do inciso) em mais dois casos: 1º) "participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros" (inc. I), e 2º) o servidor fruir licença para tratar interesses particulares, na forma do art. 91 — com um curioso adendo: "observada a legislação sobre conflito de interesses", algo que jamais constara da lei (inc. II).

Nesses casos todos (incs. I e II do par. ún. do art. 117), portanto, *não vale contra o servidor regido pela L. 8.112 a proibição constante do* caput *deste art. 117*.

Agora, pelo novo parágrafo único, inc. I, está liberada a participação do servidor, mesmo que remunerada, em conselhos de administração e em conselhos fiscais de empresas estatais federais, ou de empresas direta ou indiretamente controladas pela União, assim como em *quaisquer* cooperativas (e não mais apenas nas de servidores públicos, como antes da Lei n. 11.784/08) constituídas para prestar serviços a seus membros.

E pelo inc. II do mesmo parágrafo único está liberada a participação mesmo da gerência e administração referidas como vedadas no inc. X, na hipótese de o servidor se achar em gozo de licença para tratar interesses particulares (cf. art. 91), mas nesse momento a lei pioneiramente manda observar a legislação relativa a *conflitos de interesses*.

É absolutamente lógico que o servidor licenciado para tratar de interesses

particulares possa fazer o que bem entenda, ou trabalhar no que lhe pareça conveniente se se tratar de atividade lícita e não vedada pela lei, e não haveria sentido em a lei dizer diverso, pois que simplesmente estaria a negar o livre exercício de profissões e ofícios, direito garantido constitucionalmente pelo art. 5º, inc. XIII, da Carta de 1988. Até aí a lei apenas diz o óbvio.

O que chama a atenção é a ressalva legal, do inc. II, quanto a fazer o servidor licenciado observar a legislação sobre conflito de interesses, sendo porém perfeitamente legítima essa ressalva, uma vez que não se concebe um servidor, mesmo que licenciado para "cuidar da vida", nesse período passar a patrocinar interesse contrário ao da Administração, sua empregadora.

Um só exemplo clareia um tal panorama: o servidor que ocupa cargo de advogado ou procurador — regido pela L. 8.112 — licencia-se para tratar de interesses particulares, e nesse período passa a advogar *contra* a mesma Administração que o emprega. Se por diversas razões já seria natural, e eticamente inadmissível tal conduta, mais que isso, a própria lei regedora da profissão de advogado expressamente o proíbe, como se lê no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, a Lei n. 8.906, de 4-7-1994, art. 30, I, além de no Código de Ética da profissão, art. 20.

É substantivamente o que a parte final do inc. II, do parágrafo único, do art. 117, da L. 8.112 determina, de modo rigorosamente jurídico e regular.

Por fim, e visto em seu conjunto, o inc. X é um dispositivo de arcaica e vetusta inspiração, sempre suscetível de algum questionamento quanto à constitucionalidade por limitar a vida profissional do servidor público apenas ao exercício de seu cargo ou de sua função, sem lhe permitir gerenciar ou administrar empresas privadas, salvo nas exceções que enuncia. Mesmo com a simplificadora e racional, e veramente evolucional, alteração da L. 8.112 pela Lei n. 11.784/08, o fato é que ainda restou no texto algum casuísmo, o qual talvez ainda faça alguém entrever restrição ao constitucional direito de livre exercício de qualquer trabalho, ofício e profissão, como assegurado no referido

inc. XIII do art. 5º da Constituição Federal.

Se é sempre inadmissível que o Estatuto interfira na vida particular do seu servidor enquanto não estiver em jogo nenhum prejuízo ao desempenho de seu cargo, sobretudo o horário de trabalho, entretanto é igualmente certo que se tornou sensivelmente mais remota a possibilidade — que denunciáramos na edição anterior, sob a redação antiga do inc. X — de agora, sob a nova redação dada em maio de 2008, vir a triunfar uma tal alegação pelo servidor contra a Administração — pois que a lei efetivamente *melhorou* com aquela alteração.

IV

No inc. XI se impede ao servidor exercer a chamada "advocacia administrativa", que é aquela modalidade de tráfico ou trânsito de influência, dentro da Administração Pública, a qual pode eventualmente seduzir o servidor amigo de outros servidores com poder decisório em questões administrativas. Tal conduta é tipificada, aliás, pelo Código Penal, art. 321, como *crime* contra a Administração.

Esse modo de proceder, da mais evidente imoralidade, por discriminatório, é excepcionado quando se tratar de pleiteamento, por servidor público, em nome de algum seu parente até o segundo grau, ou de cônjuge ou companheiro, de benefícios previdenciários ou assistenciais.

A exceção em favor de tais benefícios foi aberta pela lei em razão do induvidoso caráter assistencial, social, humanitário, benemérito, que revestem; dificilmente, com efeito, alguém pleiteará, de maneira imoral ou egoisticamente interessada, benefícios previdenciários para seus parentes. Parentesco de até segundo grau, por outro lado, é aquele assim definido pelo Código Civil, art. 333, e cada grau de parentesco é diferenciado do subsequente pela ocorrência de uma geração, seja em linha reta, seja em linha colateral.

O inc. XII proíbe a prática de corrupção administrativa, consignada na lei como o recebimento de propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer

espécie pelo servidor, em razão de sua mera atribuição. Tal significa que não pode o servidor federal receber subornos, peitas, gorjetas, participações em negócios da Administração, brindes, mimos, lembranças ou quaisquer outras oferendas, simplesmente porque, com este objetivo ou não, pelo só desempenho de sua função favoreceu alguém. A regra é necessária, pela sua evidente função moralizante, e porque seria inadmissível o silêncio da lei em tema semelhante.

V

Pelo inc. XIII a L. 8.112 proíbe ao servidor aceitar comissão, emprego ou pensão de Estado estrangeiro. Esta proibição, cuja infringência é penalizada com demissão do serviço público, é de grave natureza, pois implica, em última análise, o mais escancarado menosprezo ao próprio regime jurídico do servidor, em questão que atinge de perto a noção mesma de respeito à nacionalidade e às instituições nacionais. Será de todo inaceitável que o servidor federal, sabendo ou não da grave irregularidade desse procedimento, aceite colocação oficial em Estado estrangeiro. Fazendo, sujeitar-se-á a processo administrativo com fim de demiti-lo do serviço público, na forma do art. 132, XIII, da L. 8.112.

O inc. XIV deste art. 117 constitui um dos mais ridículos, e a palavra é esta, dispositivos de todo o texto: é proibido ao servidor federal emprestar dinheiro a juros, para quem quer que seja. Não merece muito comentário, assim como não o mereceria dispositivo que o proibisse de assistir a filmes pornográficos, entoar canções indecorosas enquanto toma banho, ou fraudar seus companheiros no jogo de baralho.

Se a questão é de conduta irregular, sua matéria é para o Código Penal, ou talvez a Lei de Contravenções, mas nunca, jamais, para um estatuto de servidores. Se usura constitui delito, não o é no plano administrativo, com o qual nada tem que ver, mas diretamente no plano penal ou contravencional, de maneira que este arcaico e risível preceito jamais mereceria figurar na L. 8.112, como constava do antigo estatuto.

O inc. XV é de uma generalidade tão evasiva e difusa que não tem o menor cunho de praticidade, nem com isso a menor exequibilidade objetiva. O que para um julgador é desídia é para outro estrito cumprimento do dever. Apenas casos extremos serão, na hipótese, apenados ou investigados com detença. Pior: de tão subjetivo e mal conformado na sua generalizante abrangência, este dispositivo se presta a fundamentar perseguições pessoais contra servidores por suas chefias, uma vez que na prática dos desonestos de propósito será desidioso o servidor que seu chefe, inimigo pessoal, disser que é, e a contraprova é sempre injustamente dificultada para o subordinado.

VI

O inciso seguinte do rol deste artigo, o XVI, prevê a infração, de índole mais penal do que administrativa, que se costuma denominar *peculato de uso*, ainda que este título não esteja previsto ou tipificado no Código Penal, que apenas refere o peculato, de valor ou dinheiro. O efeito do peculato de uso é o mesmo daquele de valor ou dinheiro, pois causa lesão patrimonial ao Estado, sendo correlatas as figuras. De qualquer modo, o castigo para tal infração é a demissão, com fulcro no art. 132.

O inc. XVII inicia de modo lógico e termina de modo temerário. É evidentemente irregular que um superior hierárquico atribua a seu subordinado funções próprias de outro subordinado, ou mesmo funções estranhas às atribuições normais do mesmo subordinado. Vale dizer: é proibido ao chefe exigir do servidor atribuições estranhas ao cargo deste último.

O inciso entretanto abre perigosa exceção, referente a situações de emergência, transitórias, quando estabelece que pode o superior designar atribuições estranhas ao cargo do seu subordinado.

Para que não se revista a determinação das chefias de arbitrariedade ou abuso de poder, é necessário plena justificativa, escrita e expressa, a cada caso de exercício da faculdade excepcional prevista no final do dispositivo, por qualquer

autoridade pública: a emergência ou a transitoriedade da situação precisam estar declaradas, antes que qualquer servidor seja obrigado a desempenhar atribuições diversas das descritas para seu cargo (sempre que, naturalmente, exista a descrição...).

O inc. XVIII proíbe ao servidor exercer quaisquer atividades incompatíveis com o exercício de seu cargo e com o horário de trabalho. Tal significa que não se lhe admite executar trabalho estranho às atribuições de seu cargo, voltado a interesses particulares ou meramente de lazer, o qual, se exercido, reduzirá as horas de serviço efetivamente prestadas pelo servidor, interferindo com isso no seu horário de trabalho.

Nada pode ser mais necessário à Administração que exigir do servidor integral cumprimento das atribuições de seu cargo, impedindo-o de dedicar-se senão a elas durante o horário de expediente, e reprimindo conduta que não coadune com esse natural cerceamento. Tal não justifica, no entanto, rigor excessivo contra servidor algum desbordante de um senso médio de exigibilidade.

O último inciso, XIX, introduzido pela Lei n. 9.527/97, proíbe ao servidor negar-se a atualizar seus dados cadastrais quando “solicitado”. Duas observações são o máximo de que se precisa:

Primeira: se os dados são apenas *solicitados* e não requeridos ou requisitados, então o servidor deveria poder negar-se a atender a solicitação, como pode negar qualquer solicitação em sua vida, pois solicitação é pedido, que como tal sempre comporta recusa. O que alguém está obrigado a fazer não precisa ser simplesmente solicitado, mas pode ser exigido, requerido ou requisitado. Já é hora de o legislador aprender a diferença entre requerer e solicitar. A palavra foi infeliz, e pode ensejar resistências judiciais a essa proibição, pelo servidor, de recusar-se a atualizar seus dados cadastrais. O que se pretende com esta advertência não é subverter o sentido organizativo da lei, que se reconhece, porém reclamar do legislador que aprenda a escrever as leis.

Segunda: um assunto de tão microscópica importância como esse, a respeito do qual o legislador nem mesmo se preocupou em utilizar o verbo *requerer*, que daria efetivo direito à Administração contra o servidor, tal insignificância mereceria figurar na lei do regime jurídico do servidor federal, o seu estatuto laboral? A resposta é não, e a Lei n. 9.527/97 outra vez produziu algum estrago na já suficientemente bombardeada L. 8.112.

Capítulo III

DA ACUMULAÇÃO

Art. 118. Ressalvados os casos previstos na Constituição, é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos.

§ 1º A proibição de acumular estende-se a cargos, empregos e funções em autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Territórios e dos Municípios.

§ 2º A acumulação de cargos, ainda que lícita, fica condicionada à comprovação da compatibilidade de horários.

§ 3º Considera-se acumulação proibida a percepção de vencimento de cargo ou emprego público efetivo com proventos da inatividade, salvo quando os cargos de que decorram essas remunerações forem acumuláveis na atividade. (§ 3º incluído pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

Este dispositivo verte para o plano da L. 8.112 as disposições do art. 37, XVI e XVII, da Lei Maior, e o *caput* remete às alíneas *a*, *b* e *c* daquele inciso constitucional. Significa que não pode o servidor federal acumular cargos públicos, remuneradamente, à exceção de dois cargos de professor, ou um de professor e outro técnico ou científico, ou dois cargos ou empregos privativos da área de saúde que pertençam a profissões regulamentadas, que estivessem sendo

exercidos na Administração direta ou indireta.

Essas são as hipóteses exclusivas de acumulação remunerada, legítima, de cargos públicos, previstas na Constituição, nos dispositivos citados, e ainda no § 2º do art. 17 do ADCT. Em verdade o que a L. 8.112 visa proibir é a remuneração multiplicada de vários cargos. Não haveria qualquer impedimento em eventual acumulação não remunerada de cargos, se isso fosse possível até mesmo por razão horária.

O § 1º do artigo repete, e até estende um pouco, o disposto no inc. XVII do art. 37 da CF/88. Fê-lo sem muito sentido, porque a União, através de lei, pode proibir apenas o acúmulo de cargos exercidos e pagos pela União, nunca por Estados, Municípios ou o Distrito Federal. Quer o parágrafo significar que a União não remunerará, além de acumulações federais, vencimentos, se o respectivo servidor for também servidor estadual, municipal ou distrital, o que a Constituição veda expressamente.

Pelo § 2º, qualquer acumulação de cargos dentro da União, ainda que constitucional e portanto legalmente permitida, ficará sempre sujeita a comprovação de horários compatíveis, ou seja: a de que o horário de um cargo não se sobrepõe nem interfere no horário de outro, permitindo ao servidor desempenhar ambos sem a necessidade de estar em dois lugares ao mesmo tempo, exercitando uma bilocação que muitos teólogos afirmam ser apanágio exclusivo de Santo Antônio, e não dos demais mortais.

É evidente que, em se sobrepondo os horários de dois cargos públicos, um dos dois haverá necessariamente de ser lesado com o exercício cumulativo pelo mesmo servidor, o que constitui evidente e grave irregularidade, com necessária lesão ao erário.

Sobre a questão da compatibilidade horária de servidor público, e muito coerentemente, assim já decidiu o TRF-5ª Região: “É incompatível a jornada de trabalho de 40 horas semanais em acumulação com outros empregos onde a funcionária dá plantões noturnos de 12 horas. Com apenas duas horas para

repouso noturno e alimentação, não se concebe a compatibilidade sem prejuízo da prestação do serviço. — Constatada a acumulação, cabe à administração decidir pela redução ou não da jornada de trabalho, de acordo com o interesse do serviço" (AMS n. 1326-PB, 2ª Turma, *DJ*, 16-8-1991).

O § 3º, introduzido pela Lei n. 9.527, em 1997 tinha alguma utilidade, uma vez que vertia para a lei uma decisão do STF sobre esse assunto de acumulações permitidas e proibidas de vencimentos com proventos da inatividade, porém essa decisão foi posteriormente adotada pela própria Constituição, em 1998, com as ECs n. 19 e 20. Toda a matéria relativa ao tema, portanto, hoje consta da própria Constituição, art. 37, § 10, e com maior detalhamento do que neste § 3º do art. 118. A fonte do direito a isso relativo, portanto, é a Constituição diretamente, não a L. 8.112.

Anote-se o seguinte acórdão do STF para o caso de acumulação de cargo por magistrado: Mandado de Segurança n. 25938/DF, relatora Min. Carmen Lúcia, j. 24-4-2008. Pleno, publ. *DJe*, 172, 12-9-2008:

"Ementa: Mandado de segurança. Resolução n. 10/2005, do Conselho Nacional de Justiça. Vedação ao exercício de funções, por parte dos magistrados, em Tribunais de Justiça Desportiva e suas comissões disciplinares. Estabelecimento de prazo para desligamento. Norma proibitiva de efeitos concretos. Inaplicabilidade da Súmula n. 266 do Supremo Tribunal Federal. Impossibilidade de acumulação do cargo de juiz com qualquer outro, exceto o de magistério.

1. A proibição jurídica é sempre uma ordem, que há de ser cumprida sem que qualquer outro provimento administrativo tenha de ser praticado. O efeito proibitivo da conduta — acumulação do cargo de integrante do Poder Judiciário com outro, mesmo sendo este o da Justiça Desportiva — dá-se a partir da vigência da ordem e impede que o ato de acumulação seja tolerado. 2. A Resolução n. 10/2005, do Conselho Nacional de Justiça, consubstancia norma proibitiva, que incide, direta e imediatamente, no patrimônio dos bens

juridicamente tutelados dos magistrados que desempenham funções na Justiça Desportiva e é caracterizada pela autoexecutoriedade, prescindindo da prática de qualquer outro ato administrativo para que as suas determinações operem efeitos imediatos na condição jurídico-funcional dos Impetrantes. Inaplicabilidade da Súmula n. 266 do Supremo Tribunal Federal. 3. As vedações formais impostas constitucionalmente aos magistrados objetivam, de um lado, proteger o próprio Poder Judiciário, de modo que seus integrantes sejam dotados de condições de total independência e, de outra parte, garantir que os juízes dediquem-se, integralmente, às funções inerentes ao cargo, proibindo que a dispersão com outras atividades deixe em menor valia e cuidado o desempenho da atividade jurisdicional, que é função essencial do Estado e direito fundamental do jurisdicionado. 4. O art. 95, parágrafo único, inc. I, da Constituição da República vinculou-se a uma proibição geral de acumulação do cargo de juiz com qualquer outro, de qualquer natureza ou feição, salvo uma de magistério. 5. Segurança denegada".

Art. 119. O servidor não poderá exercer mais de um cargo em comissão, exceto no caso previsto no parágrafo único do art. 9º, nem ser remunerado pela participação em órgão de deliberação coletiva. (Caput com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica à remuneração devida pela participação em conselhos de administração e fiscal das empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, bem como quaisquer empresas ou entidades em que a União, direta ou indiretamente, detenha participação no capital social, observado o que, a respeito, dispuser legislação específica. (Parágrafo com redação dada pela Medida Provisória n. 2.225-45, de 4-9-2001.)

Por este artigo, pelo *caput*, proíbe-se que qualquer servidor federal exerça

mais de um cargo em comissão regido pela L. 8.112, a não ser para exercício como interino em outro cargo em comissão, ou ainda que seja remunerado pela participação em qualquer órgão de deliberação coletiva.

A primeira proibição tem em vista coibir o protecionismo oficial, dentro da Administração, a certos servidores, a quem as autoridades competentes poderiam aquinhoar com mais de um cargo em comissão, com função possivelmente premiativa e em detrimento até mesmo da qualidade do desempenho, pois é cediço que cargos acumulados são em geral mal desempenhados. A exceção é ocupação interina de outro cargo em comissão por quem já detenha um.

Remete-se aos comentários ao art. 9º, de qualidade perto de péssima, e que faz retornar à cena o interino, categoria de servidor que havia sido extinta há cerca de trinta anos do direito brasileiro. A Lei n. 9.527/97, que deu esta redação ao *caput*, é facilmente reconhecível no episódio, pela absoluta infelicidade da sua intervenção.

A segunda proibição, constante do *caput*, introduz novidade, pois elimina de modo expresso a gratificação até então existente no serviço público devida ao servidor que participe de órgãos de deliberação coletiva, como comissões de concursos, de licitação, de representação, órgãos colegiados temporários, ou outras funções em que apenas vote como um dos membros do colegiado.

Tais atribuições eram em geral desempenhadas cumulativamente com as normais de seu cargo, e em razão dessa duplicidade a União instituíra, no art. 145, IX, do antigo estatuto dos funcionários civis, a gratificação pela participação em órgão de deliberação coletiva.

Hoje ela está simplesmente extinta, não sendo devidas gratificações similares aos servidores, ainda que eventualmente desempenhem aquelas atribuições colegiadas.

O parágrafo único excepciona a proibição de o servidor acumular remuneradamente seu cargo e a participação em algum conselho das estatais federais, ou de empresas controladas pela União, porém nesses casos remete à legislação

específica. A redação foi da MP n. 2.225-45, de 2001, e significa que nesses casos pode haver tanto a acumulação de funções quanto a de remuneração.

Casuísmo federal de ínfima importância, não fazia a menor falta e consta do estatuto dos servidores por mero capricho do legislador, mas não contribui em absolutamente nada para a técnica da lei federal, até por colocar lado a lado o regime das empresas estatais, que é o da CLT, com o regime estatutário de que cuida a L. 8.112.

Art. 120. O servidor vinculado ao regime desta Lei, que acumular licitamente dois cargos efetivos, quando investido em cargo de provimento em comissão, ficará afastado de ambos os cargos efetivos, salvo na hipótese em que houver compatibilidade de horário e local com o exercício de um deles, declarada pelas autoridades máximas dos órgãos ou entidades envolvidos. (Redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

Destina-se este artigo ao servidor que acumule legitimamente dois cargos de caráter efetivo. Esse servidor, se acaso nomeado para cargo em comissão, ao aceitá-lo, estará expressamente consentindo em afastar-se dos dois efetivos que ocupava, não lhe sendo possível manter o exercício sequer de um só deles. Ainda pelo artigo, a exceção a essa regra ocorre quando um dos cargos efetivos for horariamente compatível com o cargo em comissão, hipótese em que poderá existir a acumulação de cargos e de remunerações.

Este artigo, cuja redação foi dada por uma lei anterior à EC n. 19/98, não mais tem eficácia por força da redação que essa emenda deu ao art. 37, XVI e XVII, da Constituição, que dá as únicas e estritas hipóteses de acumulação lícita de cargos públicos.

Entre aquelas hipóteses não figura a deste artigo, que permite acumular um *cargo em comissão* — que pela Constituição, art. 37, V, só pode ser de direção,

chefia ou assessoramento — com um cargo de provimento efetivo. O artigo está permitindo portanto algo que a Constituição proíbe, sem que se possa no caso falar em “direito adquirido a permanecer em algum cargo em comissão”, o que não existe em direito.

Estava constitucional e correta a redação do artigo anteriormente à sua modificação pela Lei n. 9.527/97, porém atualmente, com a infeliz intervenção dessa lei, seguida logo após pela EC n. 19/98, o artigo consigna uma hipótese *inconstitucional* de acumulação de cargos públicos.

Capítulo IV

DAS RESPONSABILIDADES

Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

Este dispositivo fixa, sem dúvida com abuso de competência, que o servidor responderá civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

Que a L. 8.112 pode estabelecer a responsabilidade administrativa de seu servidor é lógico e de esperar; que estabeleça responsabilidade civil e penal, só será isso admissível como lembrete ou recordação às autoridades. Não será nunca a Administração quem apurará a responsabilidade civil do servidor, nem muito menos penal, mas única e exclusivamente o Poder Judiciário, por suas seções civil e criminal.

Na fixação da responsabilidade civil e criminal do servidor a L. 8.112 pretende apenas recordar às autoridades que, quando a Administração apurar possível existência de crime ou de lesão contra seu patrimônio, em procedimentos passíveis de ações judiciais reparatórias, deverá encaminhar à Justiça a competente queixa, para possível instauração de ação penal, sem se

omitir evidentemente o Ministério Público nesta necessária apreciação; ou mover a competente ação civil (União *versus* servidor fulano de tal), de indenização.

Os arts. 122 e 123 esclarecem um pouco mais sobre este tema.

Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

§ 1º A indenização de prejuízo dolosamente causado ao erário somente será liquidada na forma prevista no art. 46, na falta de outros bens que assegurem a execução do débito pela via judicial.

§ 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.

§ 3º A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida.

Ao descrever em que consiste a responsabilidade civil do servidor federal, este artigo simplesmente indica às autoridades competentes para apurá-la que, em acontecendo algum ato omissivo ou comissivo, de natureza dolosa ou culposa, do qual resulte prejuízo ao erário ou a terceiros, deverá a Administração intentar a competente ação civil indenizatória contra o servidor responsável.

Ato comissivo é aquele praticado ofensivamente, enquanto ato omissivo é o mesmo que omissão ou falta de prática do ato, inércia, inação, silêncio. Quando o servidor deixa de praticar algum ato que deveria ter praticado, estará cometendo irregularidade por omissão; nesse sentido o teor do *caput*.

Ato doloso é o revestido de dolo, que significa o desejo de praticar o ato, ou a assunção prévia da responsabilidade de que o efeito seja produzido. Culpa, ao invés, significa apenas a qualidade do ato praticado com imprudência, negligência ou imperícia, segundo a clássica definição do Código Penal, art. 18,

II, referindo-se naturalmente a crimes.

Ressalte-se por fim, com base no *caput*, que a Administração somente irá acionar civilmente o seu servidor que lhe causar dano, mas não a terceiro, uma vez que não será a L. 8.112 o fundamento para tanto. A hipótese do § 2º do mesmo artigo diz respeito à ação regressiva, e aí a lei deixa claro que a Administração ressarcirá o terceiro prejudicado por ato de servidor público, hipótese em que deverá mover ação regressiva, de caráter indenizatório, contra o mesmo servidor. Tal acontece em função do disposto no § 6º do art. 37 da Constituição Federal.

O § 3º do art. 122 estabelece que a ação intentada contra o servidor que por ato seu lesou patrimonialmente o Estado estender-se-á aos seus sucessores, sendo contra eles executado até o limite do valor da herança recebida. Trata-se de disposição eminentemente de direito civil, calcada no princípio da responsabilidade civil do cidadão, e, quanto à Administração, no da indisponibilidade dos interesses públicos. Não pode a Administração, segundo esse princípio, desinteressar-se de manter sempre a melhor cura de todo e qualquer interesse público, material ou imaterial.

O § 1º do art. 122 cuida de tema diverso, em parte, e por isso somente agora se o comenta: a indenização, a ser paga à Administração por servidor que dolosamente a prejudicou, será executada judicialmente de modo integral.

Apenas será o pagamento, na forma do art. 46, efetuado em parcelas, descontadas do vencimento ou do provento, se o servidor executado demonstrar que não possui outros bens que assegurem a execução. Justifica-se o rigor da lei, quando se sabe que o prejuízo causado foi doloso, ou seja, intencional, ou inteiramente assumido pelo servidor. Um prejuízo causado dolosamente nunca pode ensejar como atenuante a boa-fé, daí o duro tratamento dispensado pela lei, inteiramente justo para a hipótese.

Art. 123. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções

imputadas ao servidor, nessa qualidade.

Este dispositivo, de resto inteiramente despiciendo, relembra as autoridades administrativas que precisarão endereçar ao Ministério Público denúncias ou queixas, relativas a crimes ou contravenções praticadas por seus servidores, para que, nesta instituição permanente, essencial à Justiça e contemplada nos arts. 127 e seguintes da Constituição Federal, tome as medidas que julgue cabíveis.

De resto, não cabe, como nunca coube, a nenhum estatuto de servidores definir responsabilidade penal, matéria que por inteiro é estranha ao seu escopo.

Art. 124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.

O art. 124 é indigno de qualquer comentário. É de uma bisonhice infinita. Repete o art. 122, pela metade. Diz o que já diz, porém de modo truncado e sem a menor utilidade técnica, prática ou operacional.

Pretende instituir uma quarta espécie de responsabilidade, o que contraria tanto o art. 121 quanto o art. 122 da L. 8.112, como toda a teoria do direito, civil e administrativo.

Duvida-se que qualquer autoridade federal, conhecendo o teor do art. 122, seja acometida pela incompreensível intenção de enquadrar algum servidor neste “tipo” previsto no art. 124.

Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

É também de uma bárbara obviedade este dispositivo, que pouco tem com um estatuto de servidores, e muito mais tem com a teoria geral do direito civil, penal e administrativo.

Pretende ensinar ao intérprete que o servidor federal pode ser punido por causar dano ao erário, matar seu chefe e também por não ser assíduo no trabalho, como se alguém não o soubesse, ou como se pudesse ser diferente a realidade, ou o direito.

Delitos ou infrações dessas naturezas evidentemente são independentes entre si, e só podem sê-lo. Se não se comunicam, a sanção a cada qual é também incomunicável e distinta uma com relação a outra. O só fato de que uma delas pode agravar a situação do servidor, em outro plano judicial, não significa em absoluto que se podem unificar civil, administrativa ou penalmente os três cometimentos, em tudo diversos.

Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

Este artigo, diferentemente dos anteriores, traduz um importante princípio em matéria de responsabilidade administrativa de servidor público.

Sempre que pelo mesmo fato o servidor seja processado administrativa e criminalmente, deverá ser a final absolvido no plano administrativo, se no processo criminal ficar enfim estabelecido que o fato imputado não existiu, ou que o servidor processado não foi o seu autor.

É que, sendo o processo criminal necessariamente acuradíssimo e exaustivamente contraditório, precisa supor a Administração que ele seja ainda mais aparelhado que o seu processo administrativo para comprovar a realidade, a propósito da existência do fato ou da sua autoria, até mesmo porque do processo criminal participa o Ministério Público e um Juiz ao menos, e do processo administrativo apenas servidores, sem função jurisdicional típica e, com isso, sem a especialização profissional em julgar.

Quanto à necessária comunicabilidade do processo judicial ao administrativo

em determinadas hipóteses e circunstâncias, assim já decidiu o TRF-3ª Região: “1. Tendo sido reconhecida pela receita federal e pelo juízo criminal a inexistência do ilícito, não é possível venha a administração, com base nesses mesmos fatos que já foram apreciados, impor a pena de demissão a servidor, posto que assim não o admite o art. 66 do Código de Processo Penal. 2. Ato demissório a que se reconhece a nulidade, mantida a sentença de primeiro grau em todos os seus termos” (AC n. 96030279048-MS, 5ª Turma, *DJ*, 26-8-1997) **[58]**.

> *Art. 126-A. Nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por dar ciência à autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública. (Incluído pela Lei n. 12.527, de 18-11-2011.)*

Este artigo foi introduzido – vigorando a partir de 18 de maio de 2012 apenas – pela Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Refere-se esse dispositivo à matéria correlata à do inc. VI do art. 116, também modificado por essa lei. Revela-se, tal qual ali, uma fixação entre obcecada e infantil – ainda que bem intencionada em princípio – em proteger o servidor que, sabendo de irregularidade, pretenda denunciá-la a seus superiores. Fá-lo de modo nada técnico.

O artigo pretende impedir a responsabilização penal e civil de servidor que denunciar alguma irregularidade de que saiba aos seus superiores, quando se sabe que essa questão não está ao alvedrio ou ao alcance de quem quer que seja, pois ninguém pode impedir que alguma pessoa, servidor ou não, chefe ou não, sentindo-se injuriado, caluniado, difamado ou de outro modo ofendido por

denúncia que entenda injusta preste queixa ao Ministério Público e peça a instauração de ação penal ou mova diretamente uma ação civil de responsabilidade contra o denunciante. Não cabe a autoridade administrativa alguma tentar impedir isso, porque tal não diz respeito aos seus poderes hierárquicos ou internos na repartição. A questão penal e civil está *extraestatuto*, como todos sabem – e não será a L. 8.112 que modificará esse estado jurídico de coisas. Simplesmente sem sentido a previsão.

Quanto ao fato de o artigo impedir o processamento administrativo, isso já faz sentido, pois se trata de previsão de dentro para dentro da Administração, regulável assim por lei estatutária como a L. 8.112. Nesse caso, é bem-vinda a novidade da Lei n. 12.527/11, funcionando como uma garantia a mais de incolumidade funcional ao servidor que pretenda denunciar irregularidades de que tenha notícia ou, desejavelmente, prova – e parece que nestes anos que correm não têm faltado nem irregularidades a denunciar nem denunciantes.

Não é preciso delongar sobre a necessidade de qualquer denunciante provar e demonstrar o que denuncia, caso espere algum resultado de sua atitude. Nesse caso, bem se denota que aqui não se cogitam *denúncias anônimas*, tão comuns alhures contra criminosos e tão relevantes para investigações e processos criminais. Toda denúncia será identificada, e o dispositivo em comento, tanto quanto o inc. VI do art. 116, não cuida de denúncias anônimas, que, portanto, não estão abrigadas nesses dois preceitos da L. 8.112.

Capítulo V

DAS PENALIDADES

Art. 127. São penalidades disciplinares:

I - advertência;

II - suspensão;

III - demissão;

IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade;

V - destituição de cargo em comissão;

VI - destituição de função comissionada.

I

Elenca este dispositivo todas as penalidades disciplinares que a L. 8.112 prevê existirem, passíveis de ser aplicadas aos servidores federais.

Trata-se de um rol também necessariamente exaustivo, final, fechado, que jamais se pode ampliar por ação interpretativa, em nenhuma hipótese. Afora, portanto, advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão, e destituição de função comissionada, nenhuma outra penalidade disciplinar poderá ser irrogada contra o servidor regido pela L. 8.112.

Os artigos seguintes descrevem e minudenciam aquelas penalidades disciplinares, estabelecendo as condições de sua possível imposição.

Sobre o tema, v. a Orientação Normativa n. 97 do DRH da SAF.

Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

Parágrafo único. O ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar. (Parágrafo incluído pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

I

Neste artigo, cujo parágrafo único foi incluído pela Lei n. 9.527/97, a L. 8.112 assegura ao servidor a proporcionalidade do castigo à irregularidade que

tenha cometido. Reflete o art. 128 um tradicional princípio de direito penal, que informa toda e qualquer legislação punitiva, imprescindível à ministração da melhor justiça, a cada caso de penalização de servidor. Sendo grave a infração, proporcionalmente grave será a penalidade; sendo leve, assim amena será a penalização. O princípio envolvido é também conhecido como o da dosimetria da pena.

A gravidade da infração cometida pelo servidor tem relação direta com os danos que dela provenham para o serviço público, uma vez que tentativas infracionais de que não redundem prejuízos para a Administração não podem, evidentemente, ser penalizadas com a mesma virulência que aquelas exitosas, as quais efetivamente a lesaram.

Levam-se em conta também, para aquilatar a penalidade mais adequada a cada infração cometida, circunstâncias que agravem ou que atenuem a punibilidade do servidor infrator, sem cujo exame não poderia restar justa e imparcial a aplicação de qualquer penalidade.

No sentido da obrigatória observância da proporcionalidade ou dosimetria das penas assim já decidiu, muito importantemente, o STJ:

"1. A aplicação genérica e indiscriminada da sanção máxima aos servidores envolvidos em processo administrativo, sem que observada a diversidade das condutas praticadas, fere os princípios da individualização e da proporcionalidade da reprimenda. Precedente da eg. 3ª Seção. 2. A decisão que aplica a pena de demissão, não obstante conclusão favorável ao servidor oferecida pela Comissão responsável há que ser fundamentada, especificando o julgador os motivos que fundamentaram o seu convencimento (Lei n. 8.112/90, art. 168). 3. 'Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provieram para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes, e os antecedentes funcionais' (Lei n. 8.112/90, art. 128). 4. É direito, senão dever da Administração, impor sanções a seus funcionários faltosos, desde que

observadas as determinações legais pertinentes. 5. Segurança concedida" (MS n. 7.077-DF, 3ª Seção, *DJ*, 11-6-2001).

II

Os antecedentes funcionais do servidor, por fim, são também considerados no exame da gravidade de sua infração, servindo, é claro, o bom como atenuante, e o mau antecedente, o passado delitivo, a ficha funcional carregada de precedentes comprometedores, como agravante da infração atual.

Apenas do necessário exame conjunto e do confronto de todos esses elementos poderá a Administração enquadrar seu servidor em algum tipo penal da L. 8.112, bem como ter os primeiros parâmetros ao procedimento punitivo que lhe deve aplicar.

Andou bem, neste caso, a Lei n. 9.527/97 ao acrescer o parágrafo único — que nada mais é senão o antigo art. 140 da L. 8.112, modificado como foi pela Lei n. 9.527/97 —, o qual manda que o ato punitivo indique tanto o fundamento legal quanto a causa da sanção disciplinar, uma vez que não é apenas durante o procedimento de apuração da irregularidade praticada pelo servidor que a sua ampla defesa deve ser-lhe assegurada, mas também depois daquilo, com vista a permitir-lhe, sabendo exatamente por que e com que base foi punido, possa defender-se judicialmente.

Decorre portanto a regra do parágrafo único, e, diretamente, do inc. LV do art. 5º da Constituição Federal.

> *Art. 129. A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave. (Redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)*

I

Neste dispositivo descreve-se a hipótese de aplicação da penalidade mais leve, a advertência, indicando-se que será aplicada sempre por escrito, ou será simplesmente inexistente, já que não há penalidade informal na Administração. A Lei n. 9.527/97 incluiu também o inc. XIX do art. 117 como ensejador de advertência.

Já se afirmou que é mais objetivo o rol das proibições do que o rol dos deveres, e agora a explicação: qualquer afronta a alguma proibição constante do art. 117, I a VIII, e XIX, todas elas já comentadas, enseja a pena de advertência. Daí a inteira objetividade daquele rol de infrações, as quais, descumpridas, objetivamente ensejam penalização certa, de advertência.

Prescreve ainda o artigo que, caso deixe de observar dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, será o servidor advertido, quando aquela falta não determine imposição de penalidade mais grave. Quem decide se cabe ou não pena mais grave é evidentemente a Administração, por suas autoridades competentes a cada caso, e conforme o critério estabelecido no art. 128.

II

Advirta-se desde já que não é tarefa tão simples quanto a L. 8.112 faz crer a imposição de qualquer penalidade a servidor público.

Caso a Administração pretenda aplicar pena a seu servidor precisará, antes, acusá-lo de alguma infração. A Constituição Federal estabelece, no art. 5º, LV, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Se assim é, tão logo o Poder Público acuse servidor de alguma infração, precisará, a partir desse momento, instaurar um regular procedimento contraditório, abrindo possibilidade de ampla defesa e de completa instrução

procedimental, com todos os meios de prova de inocência do acusado sendo-lhe deferidos. Entre essas provas arrolam-se a oitiva de testemunhas, as perícias, os exames, as diligências, as averiguações, as acareações, bem como quaisquer outros meios admitidos juridicamente.

Apenas após encerrada essa completa instrução, para a qual poderá o acusado até mesmo nomear advogado, apenas então, resultando sólida a convicção do caráter infracional da conduta do seu agente acusado, poderá a Administração impor-lhe a pena merecida. Jamais poderá ser aplicada ao servidor sequer a pena de advertência, muito menos as demais, de maior gravidade, se não esgotada inteiramente e a contento toda a fase procedimental que englobe a ampla defesa do acusado, no plano administrativo.

Caso a Administração não promova, em qualquer caso, este procedimento referido, restará líquido e certo ao servidor acusado o direito constitucional de proteger judicialmente sua garantia de ampla defesa, para a qual lhe socorre o mandado de segurança.

Pondo cobro a algumas decisões verdadeiramente incompreensíveis que se conhecem, validando a sindicância como processo punitivo — em aberração aos mais primários cânones do direito, segundo nos parece —, assim deliberou o STJ: "Administrativo. Servidor público. Aplicação. Pena de advertência. Procedimento administrativo. Ausência. Nulidade. Desrespeito ao contraditório e à ampla defesa. É nula, por desrespeito aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, a aplicação sumária de pena disciplinar a servidor público, sem que tenha havido o prévio procedimento administrativo. Recurso provido" (ROMS n. 16.807-SC, 5ª Turma, *DJ*, 24-5-2004).

Vale o acima afirmado para toda e qualquer pretensão punitiva da Administração contra seu servidor, acusado de alguma conduta irregular ou infracional.

Art. 130. A suspensão será aplicada em caso de reincidência das faltas

punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias.

§ 1º Será punido com suspensão de até 15 (quinze) dias o servidor que, injustificadamente, recusar-se a ser submetido a inspeção médica determinada pela autoridade competente, cessando os efeitos da penalidade uma vez cumprida a determinação.

§ 2º Quando houver conveniência para o serviço, a penalidade de suspensão poderá ser convertida em multa, na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento ou remuneração, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço.

Subindo na gravidade das penas previstas no art. 127, este artigo descreve a hipótese de cabimento da suspensão. Será esta penalidade aplicada quando ocorra reincidência em faltas leves já punidas com advertência, bem como se houver violação de qualquer das cláusulas proibitivas que não enseje demissão. As infrações que merecem esta grave penalidade são aquelas previstas apenas no art. 132, a ser examinado adiante.

O critério para delimitar a gravidade da infração punível com suspensão é portanto cumulativo: várias faltas leves punidas com advertência, se agora repetidas, ensejarão suspensão. De outro lado, tudo aquilo que não merecer advertência nem demissão, enquadrando-se na faixa intermediária de gravidade, ensejará pena de suspensão.

Não poderá a suspensão exceder noventa dias, sendo sustável por mandado de segurança, igualmente, a pretensão suspensiva maior que esse lapso. O § 1º deste artigo fixa suspensão de até quinze dias para o servidor que, sem justificar-se convincentemente, recusar-se a ser submetido a inspeção médica determinada pela autoridade competente. Uma vez que se submeta a referido exame enquanto suspenso, nesse momento se extingue a penalidade aplicada.

Neste caso evidentemente não existirá processo contraditório, visto que de nada está sendo acusado o servidor; ocorre apenas que ele se nega a submeter-se a exame médico, o que a Administração exige para deferir-lhe algum direito anteriormente previsto na L. 8.112, como licença ou readaptação, por exemplo. Ocorrendo a hipótese, recusando-se o servidor ao exame médico exigido na lei, ser-lhe-á simplesmente aplicada penalidade.

O § 2º do artigo estabelece uma faculdade para a Administração, a de, justificando a conveniência para o serviço, transformar penas de suspensão em multas pecuniárias ao servidor, à razão de 50% de cada dia de serviço que duraria a suspensão, mantendo-se o servidor na ativa.

A possibilidade de conversão, que deve ser entendida em conjunto com o art. 44, III, da L. 8.112, significa que, se o servidor foi, por exemplo, suspenso por dez dias, em vez de afastá-lo do serviço, pode a Administração, a seu talante exclusivo, mantê-lo trabalhando durante esse período, recebendo ele, ao final do mês, apenas metade da remuneração. Neste exemplo perceberá o servidor remuneração equivalente a 25 dias, trabalhando o mês completo.

Não pode o servidor resistir à pretendida conversão, caso a Administração a entenda conveniente ao interesse público. Dificilmente, aliás, o servidor a ela resiste, uma vez que é sempre vantajosa a conversão para o seu interesse funcional, e até mesmo financeiramente.

Atento à necessidade de conceder a qualquer servidor acusado a possibilidade da mais ampla defesa, mesmo dentro da Administração, o DRH da SAF expediu a Orientação Normativa n. 97, através da qual recomenda o cuidado de que não seja suprimida aquela fase, em qualquer procedimento punitivo de servidor. É perfeitíssima semelhante Orientação, fruto, talvez, de mandados de segurança, ocasionalmente sem conta, impetrados contra a Administração.

Art. 131. As penalidades de advertência e de suspensão terão seus

registros cancelados, após o decurso de 3 (três) e 5 (cinco) anos de efetivo exercício, respectivamente, se o servidor não houver, nesse período, praticado nova infração disciplinar.

Parágrafo único. O cancelamento da penalidade não surtirá efeitos retroativos.

Nitidamente protetivo e paternalista, este artigo se assemelha à hipótese da mãe que, por alguma falta de seu filho, aplicou-lhe severo corretivo, porém, passado algum tempo, crescentemente enternecida e arrependida, dele se reaproxima para cobri-lo de beijos e do afago mais carinhoso.

Aqui a L. 8.112 deve supor que a Administração se sinta por vezes pesarosa, de pesada consciência por ter aplicado penalidades a seus servidores, como a suspensão ou a advertência. Desse modo determina que, após decorridos três anos, será cancelado o registro de qualquer advertência e, após cinco, de qualquer suspensão aplicada a servidor que nesse período não haja praticado nenhuma nova infração disciplinar. Apaga-se o passado, por mais tenebroso que haja sido, do servidor!

Mais curiosa ainda se afigura a combinação do *caput* com o parágrafo único, onde se lê que o cancelamento da penalidade não surtirá efetivos retroativos.

Torna-se dificilmente compreensível o que terá passado pela criatividade do legislador ao redigir esta determinação. É evidente que cancelar registro de penalidade aplicada no passado tem apenas e tão somente efeito retroativo, pois está espraiando para o pretérito sua ação. Se a penalidade é pretérita, parece logicamente impossível cancelá-la sem conferir ao ato do cancelamento efeito retroativo, que modifica o passado. Ou, de outra forma, nenhum sentido prático teria o cancelamento atual do registro de algo pretérito, pois se estaria cancelando sem cancelar...

Se a lei quis separar os efeitos do cancelamento, para o fim de doravante não considerar o servidor outrora punido, porém impedindo que ele se beneficie de

um passado todo isento de penalidade — o que seria o único senso lógico deste parágrafo único —, fê-lo de modo extraordinariamente ruim, antitécnico, incompreensível. Trata-se de um dispositivo que parece prejudicar, pela notável confusão que por certo irá acarretar no âmbito do serviço público, tanto a Administração quanto o servidor.

É de conclamar o legislador federal que, em momento de maior lucidez que o que aqui o inspirou, faça desaparecer do ordenamento jurídico este parágrafo único do art. 131, prodígio de incongruência lógica e jurídica.

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

I - crime contra a administração pública;

II - abandono do cargo;

III - inassiduidade habitual;

IV - improbidade administrativa;

V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;

VI - insubordinação grave em serviço;

VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;

VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos;

IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;

X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;

XI - corrupção;

XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;

XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

I

Neste dispositivo se arrolam as treze únicas hipóteses de infrações, de grave configuração, sujeitas a pena de demissão do serviço público.

São elas a prática de crime contra a Administração; o abandono do cargo; a inassiduidade habitual; a improbidade administrativa; a incontinência pública e conduta escandalosa, dentro da repartição; a insubordinação grave em serviço; a ofensa física em serviço a servidor ou a particular, salvo na hipótese de legítima defesa própria ou alheia; a aplicação irregular de dinheiro público; a revelação de segredo do qual o servidor se apropriou em razão do cargo; a lesão aos cofres públicos e a lapidação do patrimônio nacional; a corrupção; a acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, e, por fim, a transgressão das hipóteses previstas nos incs. IX a XVI do art. 117.

Abrindo o rol, os crimes contra a Administração. Se são apenados com demissão do serviço público, antes disso, quando apurados judicialmente em processo-crime, são punidos, conforme sejam de uma ou de outra natureza, com penas privativas de liberdade (reclusão ou detenção), segundo previsto no Código Penal, arts. 312 a 327. Nessas previsões penais existem reclusões de até doze anos, o que indica a extrema gravidade dos delitos.

A essas punições somar-se-á naturalmente a demissão do serviço público, que é pena administrativa que não se comunica com a criminal, mas se soma a ela, repetimos. Às vezes existe a condenação judicial do servidor à pena acessória de perda do cargo público; neste caso, não será administrativa aquela penalização, mas judicial.

Sabe-se que quando o processo criminal concluir pela existência do crime, ou pela exclusão de autoria para o servidor público acusado, este resultado se comunicará ao processo administrativo, impedindo a penalização equivalente.

II

Os clássicos crimes contra a Administração Pública, capitulados no Código Penal, são o *peculato* (apropriação de dinheiro público por servidor); o *peculato culposo* (quando o servidor concorre para o crime de outrem); o *peculato mediante erro de outrem* (quando o servidor se apropria de dinheiro ou utilidade

que recebeu por erro de outrem); o *extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento*; o *emprego irregular de verbas ou rendas públicas*; a *concussão* (exigência de vantagem indevida, para si ou para outrem); o *excesso de exação* (exigência indevida); a *corrupção passiva* (solicitação ou recebimento de vantagem indevida); a *facilitação de contrabando ou descaminho*; a *prevaricação* (retardamento ou falta de prática, de modo indevido, de ato de ofício, ou a sua prática contra disposição de lei); a *condescendência criminosa*; a *advocacia administrativa*, já descrita anteriormente; a *violência arbitrária*; o *abandono de função*; o *exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado*; a *violação de sigilo funcional*, e, por fim, a *violação do sigilo de proposta de concorrência*.

Introduziram-se ainda no direito, mais modernamente, todos os chamados *crimes contra as finanças públicas*, aqueles constantes dos tipos que foram introduzidos no Código Penal por força da lei dos crimes contra as finanças públicas, a Lei n. 10.028, de 19-10-2000, art. 3º, que incluiu os arts. 359-A a 359-H ao Código Penal.

Não existem outros crimes praticados por servidor contra a Administração, no Código Penal elencados. Hão de se compreender, assim, apenas esses como os indicados no inc. I do art. 132 da L. 8.112.

Abandono de cargo é o segundo tipo infracional, punível com demissão, previsto no art. 132. Está definido no art. 138, a cujo comentário remetemos o leitor.

A *inassiduidade habitual* é o terceiro tipo, significando aquele absenteísmo descrito no art. 139 da L. 8.112, a seguir comentado.

Improbidade administrativa (quarto tipo) quer dizer desonestidade, imoralidade, prática de ato ou atos ímprobos, com vista a vantagem pessoal ou de correlato do autor, sempre com interesse para o agente. A improbidade é sempre ato doloso, ou seja, praticado intencionalmente, ou cujo risco é inteiramente assumido. Não existe improbidade culposa, que seria aquela

praticada apenas com imprudência, negligência, ou imperícia, porque ninguém pode ser ímprobo, desonesto, só por ter sido imprudente, ou imperito, ou mesmo negligente.

Improbidade é conduta com efeitos necessariamente assumidos pelo agente, que sabe estar sendo desonesto, desleal, imoral, corrupto. Chama-se improbidade administrativa aquela havida ou praticada no seio da Administração, já que pode haver improbidade na esfera civil, na vida particular, ou na militância comercial de qualquer pessoa; apenas por referir-se a situações ou fatos ligados à Administração, dentro dela, a L. 8.112, a exemplo de outras leis, denominou aquela improbidade "administrativa".

III

Mauro Roberto Gomes de Mattos, notável especialista no tema da improbidade administrativa como descrita na legislação, pontifica sobre esse tema:

"Após o advento da Lei n. 8.429/92 este inciso IV, do art. 132, da Lei n. 8.112/90, deve ser entendido com moderação, pois a lei geral (Lei n. 8.429/92), revogou tacitamente tal dispositivo legal, por ser a lei responsável pela aplicação e verificação dos casos de improbidade administrativa, em conformidade com o art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil"**[59]**.

Entende Gomes de Mattos, portanto, revogado este dispositivo da L. 8.112, em discurso que merece toda a atenção, como também a merece sua extensa tratativa do tema da improbidade administrativa em outra excelente monografia**[60]**, após a qual outro se tornou o panorama sobre esse assunto no direito brasileiro.

O tipo infracional seguinte no art. 132 é a *incontinência pública* e a *conduta escandalosa* dentro da repartição. É fácil compreender o que tal significa: o servidor que habitualmente provoca escândalos, graves perturbações da ordem no serviço, tumultos injustificados, bem como aquele que se porta de modo

imoral, atentatório ao senso médio de pudor, desmedido, desbragado, caso o faça dentro da repartição onde esteja lotado, incide na infração, de grave natureza, prevista no inc. V deste artigo.

Comenta-se com frequência que no Brasil só obtém seu direito quem provoca escândalo, quem procede furiosamente, aquele que não se contém na linha razoável da ponderação, quando pleiteia e não logra de pronto algum direito, certo, junto à Administração. Se essa conduta, quando praticada por particular, é apenas desagradável aos circunstantes, se tida por servidor público de modo habitual e rotineiro constituirá grave descaminho na sua conduta profissional, passível de demissão, se e como apurado em procedimento administrativo onde se assegura ao acusado a mais completa defesa.

IV

O inc. VII do artigo prescreve como falta grave, punível com demissão, a *ofensa física em serviço* a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa, própria ou alheia. Não poderia ser diferente, pois é virtualmente inadmissível que servidor público, em pleno serviço, graciosamente agrida colega ou particular, sem que esteja sendo ele próprio agredido. A legítima defesa própria ou alheia evidentemente não constitui sequer infração, mas direito de todo cidadão, e, bem configurada, afasta por completo a antijuridicidade da abordagem física. A matéria é toda de natureza penal, e muitíssimo frequente na vida daquele direito.

A *aplicação irregular de dinheiros públicos*, prevista no inc. VIII, constitui antes mesmo o crime de *emprego irregular de verbas ou rendas públicas*, tipificado no Código Penal, art. 315. Ao servidor que custodie ou guarde dinheiro impede-lhe a lei, evidentemente, de malbaratá-lo, aplicando-o de modo irregular, ainda que disso não tire proveito pessoal, ou de correlato. O simples fato de esse servidor dar destinação indevida a verba pública sob sua guarda constitui a um só tempo crime e infração administrativa, esta última punível com

demissão.

Outro tipo infracional administrativo é a *revelação de segredo funcional*, arrolado no inc. IX deste artigo, mas este constitui também o crime de *violação de sigilo funcional*, previsto no Código Penal, art. 325. Não pode o servidor notificar terceiro, ou fazer público fato de natureza sigilosa que em razão de seu cargo conheça. Tal grave cometimento pode prejudicar de maneira decisiva a Administração, razão por que se coíbe a atitude tanto criminal quanto administrativamente.

V

O inc. X, que cuida de *lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional*, é intimamente correlato ao inc. XI, corrupção, bem como, eventualmente, ao inc. VIII, que se refere à aplicação irregular de dinheiros públicos. Tudo isso, pouco mais ou menos, pode constituir o crime de peculato, prescrito no Código Penal (art. 312), podendo essa figura conter as subespécies do peculato culposo e daquele procedido *mediante erro de outrem*.

Definidos que são todos esses crimes no Código Penal, é essa matéria muito antes criminal que administrativa.

A *corrupção*, por exemplo, referida singelamente no inc. XI, pode revestir formas infinitas, cujo aspecto multifário é a cada dia ampliado pela criatividade humana, que nesse terreno se demonstra mais fértil do que talvez em qualquer outro. Parece com efeito inesgotável a imaginação corruptora do homem, muito mais célere em evolução que aquela voltada a contê-la. Desse fato não pode descuidar a Administração, mas também não o pode com relação à ampla defesa que precisa garantir ao servidor dela acusado, antes de poder demiti-lo do serviço público.

Trata o inc. XII da *acumulação ilegal de cargos*, empregos ou funções. Tal constatação, também bastante comum no serviço público de todo nível, precisa ser coibida, em primeiro lugar oferecendo-se ao acumulador a opção, expressa,

em prazo certo, por um dos cargos ou empregos. Apenas após transcorrido o prazo sem a opção é que, mediante processo sumário de apuração, deverá ser aplicada a demissão do servidor quanto ao cargo federal.

Evidente é, por outro lado, que a Administração federal não possa demitir seu servidor de um emprego no Estado, ou de uma função municipal. Este é um típico estado delitivo que não exige nem comporta grande instrução processual, contraditória, porque a mantença da própria situação é só por si proibida expressamente pelo Texto Constitucional e pela lei, não havendo justificativa ou defesa possível para o servidor que se encontra nessa condição, uma vez demonstrada.

O último inciso do art. 132 refere-se aos incs. IX a XVI do art. 117, como tipos infracionais sujeitos a demissão. Deixamos de repeti-los, uma vez que já foram comentados quando examinado aquele artigo.

Atente-se sempre também para os arts. 359-A a 359-H, todos do Código Penal, e introduzidos como se disse pela Lei n. 10.028/2000, e que dizem respeito especificamente a finanças públicas, e cuja enumeração nessa citada lei decorreu de outra, a chamada *Lei de Responsabilidade Fiscal*, que é a LC n. 101, de 4-5-2000, a qual se refere a crimes que apenas cinco meses depois foram descritos na Lei n. 10.028/2000. Esses crimes relativos exclusivamente a finanças públicas, por figurarem como crimes no CP, também ensejam processo para demissão do servidor que os cometa.

O STF decidiu, no RMS n. 24.293/DF, j. 4-10-2005, 1ª Turma, em questão de responsabilidade administrativa e penal do servidor indiciado, que “as esferas são independentes, somente repercutindo na primeira o pronunciamento formalizado no processo-crime quando declarada a inexistência do fato ou da autoria”, e que, “apurada a improbidade administrativa, fica o servidor sujeito à pena de demissão”.

E quanto à questão da proporcionalidade da pena aplicável, e da pena menos severa em homenagem a esse princípio, também decidiu importantemente no

RMS n. 24.901/DF, j. 26-10-2004.

Art. 133. Detectada a qualquer tempo a acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, a autoridade a que se refere o art. 143 notificará o servidor, por intermédio de sua chefia imediata, para apresentar opção no prazo improrrogável de 10 (dez) dias, contados da data da ciência e, na hipótese de omissão, adotará procedimento sumário para a sua apuração e regularização imediata, cujo processo administrativo disciplinar se desenvolva nas seguintes fases: (Artigo com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão, a ser composta por 2 (dois) servidores estáveis, e simultaneamente indicar a autoria e a materialidade da transgressão objeto da apuração;

II - instauração sumária, que compreende indicação, defesa e relatório;

III - julgamento.

§ 1º A indicação da autoria de que trata o inciso I dar-se-á pelo nome da matrícula do servidor, e a materialidade pela descrição dos cargos, empregos ou funções públicas em situação de acumulação ilegal, dos órgãos ou entidades de vinculação, das datas de ingresso, do horário de trabalho e do correspondente regime jurídico.

§ 2º A comissão lavrará, até 3 (três) dias após a publicação do ato que a constituiu, termo de indicação em que serão transcritas as informações de que se trata o parágrafo anterior, bem como promoverá a citação pessoal do servidor indiciado, ou por intermédio de sua chefia imediata, para, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentar defesa escrita, assegurando-se-lhe vista do processo na repartição, observado o disposto nos arts. 163 e 164.

§ 3º Apresentada a defesa, a comissão elaborará relatório conclusivo

quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor, em que resumirá as peças principais dos autos, opinará sobre a licitude da acumulação em exame, indicará o respectivo dispositivo legal e remeterá o processo à autoridade instauradora, para julgamento.

§ 4º No prazo de 5 (cinco) dias, contados do recebimento do processo, a autoridade julgadora proferirá a sua decisão, aplicando-se, quando for o caso, o disposto no § 3º do art. 167.

§ 5º A opção pelo servidor até o último dia de prazo para defesa configurará sua boa-fé, hipótese em que se converterá automaticamente em pedido de exoneração do outro cargo.

§ 6º 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.

§ 7º O prazo para conclusão do processo administrativo disciplinar submetido ao rito sumário não excederá 30 (trinta) dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por até 15 (quinze) dias, quando as circunstâncias o exigirem.

§ 8º O procedimento sumário rege-se pelas disposições deste artigo, observando-se, no que lhe for aplicável, subsidiariamente, as disposições dos Títulos IV e V desta Lei.

I

Disséramos em edições anteriores, sobre a forma anterior deste artigo, que mencionava a figura inexplicável da “acumulação proibida de boa-fé”:

“Outra vez aqui a Administração lembra a figura da mãe rigorosa e depois terna, que antes castigou e depois se arrependeu.

Admite que possa existir acumulação de cargos ou empregos com boa-fé, hipótese em que, se demonstrada, possibilitará ao servidor optar por um dos casos. Parece correta a ideia de opção, mas nunca fará sentido aquela referente à boa-fé do servidor. Se a ignorância da lei não escusa ninguém do seu integral cumprimento, não se há jamais de atribuir boa-fé a quem acumule vários postos de trabalho na Administração, não se podendo aceitar a argumentação de que simplesmente não conhecia o caráter proibido da acumulação.

Não se concebe ingenuidade tamanha. De qualquer modo, a lei supôs poder existir nesse caso boa-fé, com o que nenhum intérprete sensato poderá concordar. (...) Os §§ 1º e 2º do artigo são folclóricos. Lembram sessão de circo, e não dispositivos de lei, tão austera quanto precisa ser a L. 8.112".

Pois bem. Coincidência ou não, o fato é que a Lei n. 9.527/97 agigantou e revirou de pernas para o ar este artigo, e dele extirpou, ao menos com a virulência e a ostensividade anterior, a rematada sandice da "acumulação proibida e de boa-fé", um despautério tão despropositado quanto seria algum latrocínio de boa-fé, ou alguma organização de quadrilha de traficantes por ingenuidade, com desconhecimento da natureza desse ato.

Os §§ 5º e 6º ainda tratam perfunctoriamente desse infausto tema, mas de modo quase oculto ou dissimulado — e podiam, e deveriam, ter sido mais enfáticos, pois que, reza a experiência atemporal dos homens, *lixo se queima*, e não se disfarça para guardar.

Com a nova redação passou a ser vastíssimo o novo art. 133, sem entretanto revestir-se de toda a coerência que seria de esperar, como se passa a examinar.

II

Do *caput*, que não é muito lógico, se lê que se a qualquer tempo qualquer autoridade detectar acumulação de cargos, empregos ou funções públicas por servidor regido pela L. 8.112, então notificará o chefe daquele servidor para que esse lhe determine que opte formalmente por um deles em dez dias corridos.

Lendo até este ponto, parece claro que já está suficientemente apurada e confirmada a acumulação, ou de outro modo a Administração não daria prazo para o servidor deixar de acumular.

Mas segue o *caput* informando que, nesse caso, após dada a opção, em se omitindo o servidor acumulador quanto a deixar um dos cargos, o seu chefe — e não outra autoridade, como o *caput* induz a crer, porque isso não teria sentido — iniciará procedimento sumário "para a sua apuração e regularização imediata, cujo processo administrativo disciplinar se desenvolverá nas seguintes fases:", e as enumera.

Ora, ao dar opção ao seu servidor, parece claro que a Administração já tem a prova da acumulação inconstitucional, porém a sequência do *caput* indica outra conclusão, pois, se o servidor não exercer a opção por uma das situações, então sofrerá o processo abreviado, dito *sumário,* que a L. 8.112 aqui instituiu — e que aliás tem a partir de então servido de inspiração para Estados e Municípios em seus estatutos de servidores. O impasse somente se resolve se, acusado de acumular, o servidor desde logo confessa a acumulação e opta por uma das situações, evitando o procedimento sumário; de outro modo, recebendo a acusação e não optando, sofrerá o procedimento sumário previsto neste artigo.

Antes de iniciar a análise do corpo do artigo, duas considerações:

Primeira: os cargos, os empregos e as funções públicas somente são acumuláveis nas estritas hipóteses dos incs. XVI e XVII, ambos do art. 37 da Constituição. Qualquer outra acumulação é constitucionalmente proibida, e a L. 8.112, em boa técnica, não repetiu a Constituição.

Segunda: assim sendo, não são apenas cargos ou empregos federais os inacumuláveis por servidor federal, mas todos os que a Constituição inadmite, do nível de governo que for. Com isso, melhor se compreende a ideia dos processos de apuração, porque supostamente, se se tratasse apenas de postos de trabalho federais, é de imaginar que qualquer acumulação fosse de fácil e descomplicada apuração pela Administração federal.

III

O inc. I contém a fase inicial do procedimento sumário a que se refere o *caput*, que se resume à instauração, a qual se dá pela publicação, na imprensa oficial, do ato que constituiu a comissão, que será integrada por dois servidores estáveis, sendo que o ato também deverá indicar a materialidade da acumulação.

Indica, de um lado, que servidores detentores apenas de cargos em comissão, não estáveis portanto, não poderão integrar a comissão; quando indevidamente o fazem, isso tem ensejado a anulação de processos administrativos em todo nível de governo e em toda esfera da Administração, *mesmo sem a previsão da regra legal.*

É portanto importante observar a regra da estabilidade dos membros da comissão, regra essa que não está acompanhada daquela outra frequente proibição de que o nível funcional dos membros da comissão seja ao menos igual ao do indiciado — de modo que nesse caso não precisa, ainda que seja mais do que aconselhável sob todo ponto de vista.

Mas o inc. I informa também que a materialidade da acumulação será indicada no ato, e isso significa a prova da acumulação, que a Administração tiver.

Essa prova pode ser obtida por qualquer meio lícito em direito — pois, se o for por meio ilícito, será provavelmente anulada ou desconsiderada em ação judicial, como amiúde ocorre —, e ao menos em resumo deve constar do ato de instauração, já que não se admite que a mera publicação do ato contenha toda a prova material da Administração contra o seu servidor, indiciado por acumulação. Pode referir processos, autos, registros, documentos os mais diversos, mas não é exigível do ato de publicação que contenha toda essa prova.

Assim, publicado o ato, está instaurado o processo, ou procedimento, sumário para apuração e solução de acumulação indevida.

O inc. II elenca a fase seguinte desse procedimento, seja a *instrução*

sumária, que compreende indiciação, defesa e relatório. Pela indiciação a Administração notifica o servidor do que contra ele tem de prova de alguma acumulação inconstitucional, na forma do ato publicado conforme o inc. I, dando-lhe prazo para apresentar sua defesa daquela acusação. Essa defesa poderá por ele ser exercida como bem entenda, e do modo mais amplo que lhe seja dado utilizar.

A defesa poderá ser procedida por advogado ou pelo próprio servidor, e pela leitura do artigo será nulo o procedimento se não existir defesa, com base no que se lê do § 2º do artigo, a seguir comentado.

Pelo inc. III, uma vez esgotada, dentro do prazo assinado, a defesa — e isso pode incluir prorrogações a critério da comissão, desde que não comprometam o prazo máximo para a conclusão dos trabalhos —, então a autoridade instauradora do procedimento, ante o relatório da comissão, julgará o servidor, sempre fundamentada e detalhadamente, na medida em que casos assim requerem tanto uma quanto outra preocupação da Administração, já que direitos importantíssimos do indiciado estão em jogo e periclitam.

IV

O conteúdo dos §§ 1º a 8º em parte já está compreendido nos próprios incs. I a III do *caput*, senão vejamos:

— O § 1º é de absoluta obviedade em processo, pretendendo indicar como se prova a autoria e a materialidade da acumulação, e nada diz além do evidente: o nome e a matrícula do servidor dão a autoria, e a prova da dupla vinculação, com todas as indicações mínimas a demonstrá-las, como a indicação das entidades onde se dá a acumulação, os respectivos horários de trabalho e o regime jurídico, dão a materialidade. Nunca poderia ser diverso o texto.

— Pelo § 2º a lei dá o prazo de até três dias corridos para a comissão lavrar o termo de indiciação do servidor, assim como para dela citá-lo, seja pessoalmente, seja por sua chefia imediata. Nesse termo irá indicado o prazo

para defesa, de no máximo cinco dias também corridos, garantida vista do processo na repartição, e observadas as regras a) da citação por edital em não se localizando o servidor, e b) da defesa concedida pela Administração em caso de revelia, conforme se comentará quanto aos arts. 163 e 164.

O prazo parece exíguo, mas neste caso não é, porque não pode ser complicada nem a indiciação nem a defesa de servidor acusado de acumulação, dada a meridiana clareza e objetividade da acusação e do direito, e, evidentemente, da prova.

— Pelo § 3º, após apresentada a defesa a comissão produzirá relatório conclusivo quanto à procedência ou à improcedência da acusação, resumindo as peças principais constantes dos autos. Para tanto, se confirmar existir acumulação opinará sobre a sua licitude ou ilicitude, indicará o dispositivo constitucional (e legal, se houver, e não deve haver) que fundamente esse entendimento, e, por fim, encaminhará os autos à autoridade instauradora.

— Esta autoridade, recebendo os autos, proferirá o julgamento do servidor indiciado, no prazo de cinco dias corridos. Se a pena cabível for a de demissão — se de algum modo puder ser —, então apenas a autoridade competente para tanto é que poderá pronunciar esse julgamento, e para essa deverá ser encaminhados os autos se a que receber o relatório já não for essa mesma.

O relatório da comissão, tanto quanto no processo administrativo tradicional, não vincula a vontade da autoridade julgadora, como jamais poderia vincular, porém, sempre que queira dele divergir, precisará a autoridade julgadora fundamentar acuradamente sua decisão divergente, ou de outro modo a sujeitará a contestação judicial fadada a provável sucesso.

— Reza o § 5º que, se o indiciado optar por alguma das duas situações de acumulação até o último dia de sua defesa, isso configurará sua boa-fé, e será tida essa opção como pedido de exoneração de uma das situações. A figura da acumulação proibida de boa-fé, como se disse, não pode ter lugar em lei séria, mas aqui o caso é um pouco diferente, pois a previsão de mera atitude de boa-fé

pelo servidor em dado momento do processo, e nada além disso.

Mas não se pode imaginar que, mesmo após esgotada a defesa sem nenhuma opção, fique o servidor impedido de optar por apenas uma das situações, antes de terminado o processo sumário.

Evidentemente pode fazê-lo, não devendo nesse caso a Administração prosseguir com o processo por perda absoluta de objeto, prosseguindo o servidor a partir de então com uma única situação. E, no caso de ele optar por um cargo não federal, então simplesmente estar-se-á exonerando do cargo federal.

— O § 6º, disfarçando um pouco a até então inaceitável referência a acumulação proibida e de má-fé — como se pudesse não ser de má-fé —, estabelece que, demonstrada a acumulação proibida, e se o servidor não optar até esse momento por uma só situação, então a Administração lhe aplicará a pena de demissão, destituição ou cassação de aposentadoria e disponibilidade em relação aos cargos, empregos e funções públicas ilegalmente acumulados, hipótese em que os órgãos respectivos serão comunicados.

O dispositivo é incomentavelmente ruim, pois apenas pode estar se referindo a duas situações no mesmo Poder ou na mesma entidade, já que de outro modo a autoridade de um Poder ou de uma entidade não terá competência para demitir servidor de outro ou outra. E muito pior se se tratar de cargos de diferente nível de governo, um deles acumulado pelo servidor federal, pois apenas a demissão do serviço federal poderá ser promovida pela autoridade federal.

Mas não cessam aí as deficiências do parágrafo, uma vez que todo o artigo trata de acumulação de cargos, empregos e funções, o que significa postos de trabalho *ativo*, e este § 6º menciona cassação de aposentadoria e de disponibilidade, o que pressupõe uma situação inativa, a esta altura inteiramente estranha. É de temer seriamente o que pode vir a ocorrer se for exercitado em sua plenitude este péssimo § 6º, que não guarda a mínima coerência nem consigo mesmo nem com o restante do artigo.

— O § 7º fixa o prazo máximo em trinta dias corridos para a conclusão deste

procedimento sumário, prorrogável por quinze dias quando fundamentadamente as circunstâncias, a critério tanto da comissão quanto principalmente da autoridade instauradora, o exigirem ou recomendarem. Conta-se o prazo da data da publicação do ato de constituição da comissão, à maneira da contagem de prazo do processo civil.

— O § 8º, que fecha o longo e irregular artigo, manda observar subsidiariamente para o procedimento sumário, no que a cada caso e a cada momento for julgado pertinente e cabível, as regras do processo administrativo tradicional. Correta a previsão, uma vez que apenas as poucas regras deste art. 133 por certo se demonstrarão insuficientes para orientar qualquer procedimento apuratório de irregularidade funcional, por mais sumário que seja.

Assim, a cada caso de aplicação das regras clássicas a comissão e a autoridade superior, em nome da precisão procedimental, deverão indicar o artigo respectivo, constante dos Títulos IV e V da Lei n. 8.112.

Art. 134. Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão.

I

Se o artigo anterior, ainda que imensamente melhor na forma atual do que era na anterior, deixa a desejar, este é simplesmente inconcebível.

Contém um dos mais crassos erros de concepção que se pode imaginar em toda a legislação brasileira, e, mais uma vez, é de duvidar que componha lei tão importante quanto a L. 8.112.

Significa o mesmo que pretender o Estado confiscar o automóvel do cidadão que agrediu sua mãe, ou ofendeu gravemente seu gato. Prevê que a União cassará a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que, enquanto esteve no serviço ativo, praticou falta punível com a demissão!

Ignora o artigo que a punição tem de ser proporcional e relativa à falta cometida. Se alguém rouba, pune-se-o por ter roubado. Se alguém pratica concussão, penaliza-se-o por isso, e não por ter falsificado documento público, ou difamado autoridade. Não se pune ninguém inequivalentemente à falta cometida.

Somente pode ser cassada a aposentadoria de quem a obteve de modo irregular, contra a lei, contra a Constituição, contra o ordenamento jurídico expresso.

Ignora o artigo que a aposentadoria é um ato jurídico perfeito, que quita de parte a parte — Administração e servidor — todo e qualquer direito pendente, ou expectativa, ou desacerto passível de regularização futura. A aposentadoria corrige pendências até então existentes, apara arestas, arredonda cantos vivos, elimina descompassos como créditos ou débitos recíprocos.

Quando concedida regularmente, a aposentadoria não pode ser prejudicada por atos ou fatos subsequentes, relativos ao servidor, salvo aqueles que indicam fraude, pelo mesmo servidor, na demonstração de que tinha os requisitos para aposentar-se, ou salvo ainda erros da Administração, praticados quando da concessão da mesma aposentadoria.

Afora nestas hipóteses, não será um fato praticado há quinze anos pelo servidor hoje aposentado que poderá, em nenhuma hipótese no universo, prejudicar a atual aposentadoria. Esta constitui um estado definitivo e supostamente correto, estável, a proteger o ex-servidor. Tal garantia evidentemente jamais será turbada ou ameaçada por algo, ainda que grave, que, praticado no passado pelo mesmo aposentado, não foi apurado tempestivamente, tendo mesmo, às vezes, prescrito, ainda enquanto o servidor era ativo.

Preferiu o autor da L. 8.112, refratário às regras mais basilares do direito, repetir a estultice espantosa e inacreditável do art. 212 do antigo estatuto dos funcionários públicos civis da União, o qual cometeu a heresia de prever a cassação da aposentadoria do servidor que um dia tenha praticado usura! Os

humoristas brasileiros não seriam capazes de bravata tão engraçada!

Ousamos advertir a União — e *ainda hoje* o ousamos: jamais se rebaixe a aplicar, ou a voltar a aplicar, o histriônico art. 134 da L. 8.112!

Nunca a União conseguirá, se houver o mínimo de segurança jurídica no País, cassar a aposentadoria de inativo que enquanto na atividade praticou falta punível com a demissão.

II

Quanto à *cassação de disponibilidade*, não compreendemos exatamente o que possa significar esta expressão.

Revogação da disponibilidade é a determinação para que o inativo disponível retorne ao serviço ativo. Cassação, que é um castigo, ignora-se o que possa vir a ser quando aplicada a disponibilidade, pois não tem sentido a figura da cassação de um castigo, por exemplo, a pena de detenção aplicada a alguém, que não se imagina como poderia ser "cassada".

Será aquela, porventura, a alusão à cassação de todo o *tempo de serviço ativo*, que serve de base para o pagamento proporcional do provento do disponível? Se o for, então estamos simplesmente diante de outro infeliz gracejo do legislador federal, que talvez imagine poder cassar tempo de serviço de algum seu servidor que efetivamente o prestou.

Será, por outro lado, alusão à cassação do *provento* da disponibilidade? Isso seria juridicamente impossível, pois não existe nenhuma autorização na Constituição, nem pode havê-la em lei alguma, para tanto, ante os dizeres muito claros do art. 41, §§ 2º e 3º, da Constituição.

O artigo indica bem, em pleno terceiro milênio, o estágio de penúria e degradação técnica em que ainda se encontra imersa a função legislativa no País, onde os legisladores, como neste caso, não demonstram a mínima consciência do papel que deveriam desempenhar.

Registre-se, malgrado tudo que pensamos sobre a péssima natureza da pena da cassação de aposentadoria, o seguinte excerto jurisprudencial do STF sobre esse assunto: Mandado de Segurança n. 20882/DF, relator Min. Celso de Mello, j. 23-6-1994, Pleno, publ. *DJ*, 23-9-1994, p. 25326:

"Ementa: Cassação de aposentadoria – Agente de Polícia Federal – Inexistência de prova da responsabilidade disciplinar – Inviabilidade de sua análise em sede mandamental – Inimputabilidade do impetrante – Existência de perícia idônea afirmando a sua plena capacidade de autodeterminação – Alegação de irregularidades formais – Ausência de demonstração – Desnecessidade de a cassação de aposentadoria ser previamente autorizada pelo Tribunal de Contas da União – Mandado de Segurança indeferido. (...) A conotação jurídico-disciplinar de que se acha impregnada a cassação de aposentadoria – que constitui pena administrativa – torna inaplicável, quando de sua imposição, a Súmula n. 6 do STF, que só tem pertinência nas hipóteses de revogação ou anulação do ato concessivo da aposentadoria. O Presidente da República, para exercer competência disciplinar que privativamente lhe compete, não necessita de prévio assentimento do Tribunal de Contas da União para impor ao servidor inativo a pena de cassação de aposentadoria, não obstante já aprovado e registrado esse ato administrativo pela Corte de Contas".

Art. 135. A destituição de cargo em comissão exercido por não ocupante de cargo efetivo será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão.

Parágrafo único. Constatada a hipótese de que trata este artigo, a exoneração efetuada nos termos do art. 35 será convertida em destituição de cargo em comissão.

Este utópico dispositivo pretende obrigar a Administração a restringir a ampla capacidade que a Constituição Federal atribuiu às autoridades políticas e

administrativas de nomear e de instituir livremente quem bem desejarem, desde que suficientemente habilitado, conforme exigências de lei, para os cargos em comissão do quadro de pessoal da União.

Com efeito, se o cargo em comissão é declarado em lei de livre nomeação e exoneração, uma “ressalva” como esta, dada pelo art. 135, cerceia aquele amplo direito de escolha, discricionária, de cidadãos para ocupar cargos em comissão; sabe-se que quem livremente escolhe livremente exonera, mas a lei aqui obriga de forma diferente.

Sempre que o ocupante de cargo em comissão não for titular de algum cargo efetivo, e sempre que cometa falta sujeita à penalidade de suspensão ou de demissão, di-lo o artigo, será destituído da posição de confiança. Este é um irreal e quixotesco comando, cujo emprego duvida-se que seja procedido ao menos uma vez, durante pelo menos um século, em qualquer repartição, autarquia ou fundação pública federal.

O que em vez daquilo ocorre é o seguinte: sempre que o ocupante de cargo em comissão “cai em desgraça” junto ao nomeador, ou, se não tanto, ao menos passa a desagradá-lo, ou a desmerecer sua confiança, é “convidado” a solicitar sua exoneração, diplomaticamente, de modo compadresco, para evitar ao nomeado alguma humilhação ou degradação.

Nem teria de fato muito sentido se assim não fosse, pois, se o nomeado mereceu confiança para ocupar o posto em comissão, deve merecer corolariamente ao menos um tratamento amigável e cortês da parte de quem o nomeou, e não a aplicação de um dispositivo que poderia servir muito bem para ocupante de cargos efetivos, mas que se demonstra por completo arrevesado no tratamento a ocupantes de cargos em comissão.

O parágrafo único prossegue na farsa burlesca, mantendo o péssimo nível qualitativo dos artigos circunvizinhos.

Determina que será convertida em destituição do cargo em comissão a exoneração efetuada nos termos do art. 35, que cuida exatamente deste tema, e

com isso o parágrafo parece indicar que “se acontecer alguma regular exoneração ela será convertida em destituição”... É tão esdrúxulo o texto que, além de nunca possivelmente ser aplicado em um só caso na Administração federal, não faz nenhum sentido lógico. Mas é sensivelmente pior o artigo seguinte.

> *Art. 136. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, nos casos dos incisos IV, VIII, X e XI do art. 132, implica a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível.*

Se a regra exposta pelo *caput* é aparentemente moralizadora, só o é na aparência, porque jamais uma lei determinará a disponibilidade dos bens de qualquer cidadão, servidor ou ex-servidor, já que tão só o Poder Judiciário pode determiná-la.

Ninguém no Brasil tem seus bens declarados indisponíveis por lei, que não pode prejudicar o direito de propriedade. Apenas um processo judicial regular pode, ao seu final ou incidentalmente, determinar indisponíveis os bens de qualquer pessoa. Não tem o menor lastro de factibilidade, portanto, a parte inicial do art. 136.

Quanto à segunda parte, ressarcimento ao erário, na prática a simples ideia de sua aplicação causaria também hilaridade, pois somente ressarcirá o erário quem for condenado num processo judicial, ou, em raríssimos casos, administrativo.

Nesta última hipótese, apenas ressarcirá o erário em processo administrativo quem tiver plena consciência da lesão praticada (que certamente não teve quando a praticou), de que ora se arrepende, de modo que isso parece antes constituir tema de capa e espada do que de possibilidade real, na última década do milênio, em nosso país.

A menção a que tudo aquilo ocorrerá sem prejuízo da ação penal cabível é

simplesmente desnecessária, despicienda, uma vez que as ações são cumulativas e incomunicáveis por princípio. Denunciar crime funcional de servidor é, por outro lado, *dever*, e não faculdade, para a Administração.

Em conclusão, se porventura a Administração um dia, em atitude doidivanas, fixar que os bens de alguém, por força de lei, são indisponíveis, terá seguramente sua decisão reformada em competente mandado de segurança, interposto pelo servidor prejudicado, e não será de estranhar ver a medida liminar ser concedida por telefone.

E quanto à comunicação de instâncias jurídicas em processo administrativo assim decidiu o STF, no RMS n. 26.226/DF, j. 29-5-2007, 1ª Turma: "Por outro lado, a Lei do Regime Jurídico Único não prevê oportunidade para oferecimento de alegações finais no processo administrativo disciplinar, pelo que não houve cerceamento de defesa. *A instância penal somente repercute na administrativa quando conclui pela inexistência material do fato ou pela negativa de sua autoria*, o que não é o caso. Recurso desprovido" (Grifo nosso).

Art. 137. A demissão, ou a destituição de cargo em comissão por infringência do art. 117, IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos.

Parágrafo único. Não poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, I, IV, VIII, X e XI.

I

Este artigo, ainda que verse sobre hipótese remota, diversamente dos anteriores é lógico e racional no *caput*, mas não no parágrafo único, como se examinará.

O *caput* estabelece uma restrição legítima e razoável à ampla capacidade de

escolha de cidadãos para ocupar cargos em comissão, contra as autoridades administrativas.

Fixa que o ex-servidor em comissão que se haja valido do cargo para lograr proveito pessoal, ou que atuou como procurador ou intermediário exercendo advocacia administrativa, e por alguma dessas razões foi destituído de seu cargo, este servidor, por cinco anos, não poderá ser investido em qualquer cargo público federal, efetivo por concurso ou em comissão por nomeação. Esta é a regra do *caput*, de resto elogiável.

Deve-se compreender mesmo que a Administração federal precisará *recusar a inscrição* desse ex-servidor em qualquer concurso público, para cargo efetivo federal, com base nos seus próprios registros e assentamentos de ex-servidores.

Se acaso, entretanto, aqueles assentamentos não forem facilmente acessíveis (considere-se, p. ex., a hipótese de um servidor do Acre, ali demitido por corrupção de uma pequena autarquia federal, estar se candidatando no Rio Grande do Sul a um cargo da Administração federal direta), então, se a tempo souber do ocorrido, a Administração nem ao menos poderá aprovar esse candidato no concurso, inabilitando-o em razão de seu passado junto à mesma Administração federal. O fundamento, então, será apenas este: a vedação legal expressa.

Mas, se fracassar todo controle e aquele candidato for aprovado e tomar posse, então a nomeação poderá ser até mesmo *anulada* a teor deste dispositivo, pois não se adquire direito contra expressa e regular disposição de lei.

II

Mais severa entretanto — até o ponto de ser inconstitucional — é a disposição do parágrafo único, que proíbe de vez, em caráter definitivo e perpétuo, que o servidor demitido ou destituído por infringência ao art. 172, I, IV, VIII, X e XI, retorne ao serviço público federal. *Não é admissível no direito brasileiro a pena perpétua*, por direta proibição do art. 5º, XLVII, *b*, seja a pena

no âmbito que for, civil, administrativo ou criminal.

Neste ponto é preciso corrigir a omissão de edições anteriores, as quais, ainda que reconhecendo a dureza do dispositivo, não alertaram para a inconstitucionalidade, de resto patente, do comando deste parágrafo único, que é facilmente derrubado na justiça.

Mauro Roberto Gomes de Mattos escreveu sobre este artigo:

"Funciona o art. 137 como uma quarentena para o servidor que é demitido ou destituído de cargo em comissão quando ele rompe a dignidade da função pública para lograr proveito pessoal ou de outrem (art. 117, IX) (...) *O presente artigo é inconstitucional, pois veda a acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas em situação não contemplada no art. 37, da CF"* (grifo original)**[61]**.

E abona a sua tese o STJ, para o qual "A vedação às penas de caráter perpétuo não pode ser interpretada restritivamente, estendendo-se às penalidades de suspensão e interdição de direitos capitulados no inciso LXV, letra *e*, do mesmo artigo" (MS n. 1.119-DF, 1ª Seção, *DJ*, 1º-6-1992).

Art. 138. Configura abandono de cargo a ausência intencional do servidor ao serviço por mais de 30 (trinta) dias consecutivos.

Define este dispositivo o abandono de cargo como a ausência *intencional* do servidor por mais de trinta dias consecutivos. Grifamos a palavra "intencional" para enfatizar a natureza que precisa ter a ausência trintenária, a fim de que se a caracterize como abandono de cargo. Se não foi ela intencional, e o servidor ausente puder demonstrá-lo razoavelmente à Administração, não poderá esta enquadrá-lo naquela grave infração.

Caso precise o servidor ausentar-se por razão imperiosa, por mais de trinta dias, é de todo curial que desde tão logo quanto lhe seja possível faça saber à

mesma Administração, cientificando-a do que se passa e lhe impede o comparecimento.

Apenas desse modo poderá o servidor escapar ao procedimento que a final deverá declará-lo abandonador do cargo, o que lhe acarretará com certeza grave consequência, uma vez que, independentemente de expressa cominação legal, quem voluntariamente abandona cargo ou emprego é sempre, no mínimo, extraordinariamente leviano ou irresponsável.

Art. 139. Entende-se por inassiduidade habitual a falta ao serviço, sem causa justificada, por 60 (sessenta) dias, interpoladamente, durante o período de 12 (doze) meses.

Menos grave do que o abandono de cargo, a inassiduidade habitual do servidor é uma infração definida neste artigo como sendo a falta ao serviço, sem motivo justificado, interpoladamente por sessenta dias a cada ano.

Se o servidor falta, portanto, dez dias num mês, cinco em outro, três em outro, doze no subsequente, e assim por mais de sessenta dias dentro de doze meses, não pode com todo efeito ser considerado assíduo, nem muito menos ser tido como normal ou razoável este seu procedimento. Tratar-se-á de um servidor relapso, aparentemente desinteressado em manter seu cargo, e mais alheio ainda no cuidado de sua imagem pessoal.

A lei admite ao servidor que pelo menos justifique suas faltas ao serviço, de algum modo plausível, para exatamente poupar-lhe a pecha de inassíduo, de faltoso habitual. Se assim é, deve ele fazer uso desse direito, querendo escapar à tipificação infracional deste artigo.

É evidente que a Administração precisará registrar minuciosamente, o que neste caso não é difícil, todas as ausências do servidor, antes de sequer dar início ao procedimento disciplinar respectivo para fim de aplicação da penalidade de demissão, conforme previsto no art. 132.

Sem tais registros, evidentemente nulo será todo e qualquer ato punitivo contra o servidor, ainda que se saiba serem verdadeiras as ocorrências. O conhecimento informal de fatos desabonadores contra servidor pouco aproveita à Administração, que para puni-lo precisará tê-los oficialmente registrados em documento hábil.

Art. 140. Na apuração de abandono de cargo ou inassiduidade habitual, também será adotado o procedimento sumário a que se refere o art. 133, observando-se especialmente que: (Artigo com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

I - a indicação da materialidade dar-se-á:

a) na hipótese de abandono do cargo, pela indicação precisa do período de ausência intencional do servidor ao serviço superior a 30 (trinta) dias;

b) no caso de inassiduidade habitual, pela indicação dos dias de falta ao serviço sem causa justificada, por período igual ou superior a 60 (sessenta) dias interpoladamente, durante o período de 12 (doze) meses;

II - após a apresentação da defesa a comissão elaborará relatório conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor, em que resumirá as peças principais dos autos, indicará o respectivo dispositivo legal, opinará, na hipótese de abandono de cargo, sobre a intencionalidade da ausência ao serviço superior a 30 (trinta) dias e remeterá o processo à autoridade instauradora para julgamento.

Este artigo, com a redação dada pela Lei n. 9.527/97, é inteiramente novo em relação ao direito anterior. O antigo art. 140 foi transformado, pela mesma lei, em parágrafo único do art. 128.

Pelo *caput* se informa que também para os casos de abandono de cargo e de inassiduidade habitual, que são irregularidades funcionais graves definidas nos

artigos imediatamente anteriores, também se aplica o procedimento sumário instituído pelo art. 133, com as modificações dadas pelos incs. I e II deste artigo. Com isso se abrevia o processo de apuração daqueles procedimentos faltosos, tal qual para a acumulação.

As adaptações do procedimento sumário para este artigo são as seguintes:

— Pelo inc. I, *a*, a materialidade da falta de abandono de cargo se configura pela indicação precisa do período de faltas intencionais do servidor, superior a trinta dias, e, segundo o inc. II, *b*, quanto à inassiduidade habitual, será configurada pela precisa indicação dos 60 dias descontinuados, no mínimo, de faltas injustificadas dentro de doze meses, e conforme se já comentou. Não seria diferente a apuração mesmo que a lei omitisse essas previsões, pouco mais que óbvias.

— Pelo inc. II, após a defesa do indiciado, o circunstanciado relatório da comissão concluirá pela efetiva culpabilidade do servidor, sendo que no caso de abandono de cargo o exame da comissão se deve deter sobre um ponto específico, o de saber se de fato foram intencionais os mais de trinta dias de faltas consecutivas, ou se não foram. Se o servidor nesse lapso tiver sido preso, por exemplo, ou atropelado e internado em hospital, decerto não terá sido intencional a sua ausência. Concluindo o relatório pela intencionalidade das faltas, haverá de opinar pela aplicação da sanção.

O inc. II não se refere ao que a comissão deve apurar quanto à inassiduidade habitual, mas é evidente que será apenas saber se as mais de sessenta faltas dentro dos doze meses foram de fato injustificadas, hipótese em que seu relatório haverá de opinar pelo efetivo apenamento, uma vez que tipificada a falta.

A autoridade instauradora, recebendo o relatório, deverá decidir no prazo estabelecido no art. 133, § 4º, que é de cinco dias, e no mais valem as previsões daquele artigo também para estes casos infracionais.

Art. 141. As penalidades disciplinares serão aplicadas:

I - pelo Presidente da República, pelos Presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da República, quando se tratar de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidor vinculado ao respectivo Poder, órgão, ou entidade;

II - pelas autoridades administrativas de hierarquia imediatamente inferior àquelas mencionadas no inciso anterior quando se tratar de suspensão superior a 30 (trinta) dias;

III - pelo chefe da repartição e outras autoridades na forma dos respectivos regimentos ou regulamentos, nos casos de advertência ou de suspensão de até 30 (trinta) dias;

IV - pela autoridade que houver feito a nomeação, quando se tratar de destituição de cargo em comissão.

I

Aqui se estabelece a graduação das autoridades competentes para aplicar diversas penalidades.

Compete privativamente ao Presidente da República aplicar a pena de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidor vinculado ao Poder Executivo federal. Compete ao Presidente do Senado Federal aplicar as mesmas penas, caso envolvido servidor daquele órgão do Legislativo, e o mesmo quanto ao Presidente da Câmara dos Deputados. É atribuição de cada presidente de tribunal federal demitir ou cassar aposentadoria ou disponibilidade de servidor que lhe pertença.

O Procurador-Geral da República, que é o chefe do Ministério Público da União, por força do § 1º do art. 128 da CF/88, é a autoridade designada pela lei como a única competente para aplicar qualquer daquelas penas a servidor do

Ministério Público da União. Ressalte-se que hoje no Brasil o Ministério Público é praticamente o quarto Poder do Estado, como a própria L. 8.112 parece de modo expresso reconhecer, por elencar o seu chefe, separadamente do Presidente da República, como a única autoridade competente para aplicar aquelas graves penalidades a servidor do Ministério Público da União, bem diferenciado na lei do Poder Executivo. O mesmo se afirme do TCU, o (constitucionalmente mal disfarçado) quinto Poder da União.

Sendo a pena aplicável a alguma daquelas previstas no inc. I do art. 141, portanto, nenhuma autoridade administrativa de graduação menor do que as ali elencadas poderá de modo algum aplicá-la, constituindo evidente abuso de autoridade o desrespeito a esta norma expressa.

O inc. II do artigo determina que incumbe às autoridades administrativas de hierarquia imediatamente inferior àquelas constantes do inc. II aplicar a penalidade em caso de suspensão superior a trinta dias. Aqui cabe lembrar que a organização administrativa do serviço público federal é continuamente variável... Não existe um só governo federal que mantenha a estrutura ministerial encontrada do governo anterior, modificando-a sempre...

II

Quanto aos tribunais federais, sua organização é mais estável, porém cada nova Constituição em geral altera-lhes o próprio número, exigindo às vezes profundas modificações organizacionais. Foi o caso, por exemplo, da criação do Superior Tribunal de Justiça, em substituição ao Tribunal Federal de Recursos, na Constituição de 1988, e da criação dos Tribunais Regionais Federais como segunda instância da Justiça Federal.

Serão apenas, de tal sorte, as normas internas de cada um dos Poderes da União, bem como aquelas relativas ao Ministério Público da União e ao TCU, além das normas internas de cada autarquia e de cada fundação pública federal, os diplomas competentes para determinar quem são as autoridades

imediatamente inferiores àquelas mencionadas no inc. I deste artigo, não sendo lícito, sequer, em trabalho como este, indicá-las segundo a organização atual dos mesmos Poderes, órgãos ou entidades, já que de nenhuma garantia de permanência neste momento gozariam.

Mas o que deve ficar claro é o entendimento de que as autarquias e as fundações federais não podem sujeitar-se a que apenas o Presidente da República possa demitir seus servidores, ou lhes cassar a aposentadoria, ou de outro caso nenhuma autonomia desfrutariam essas entidades, e nada seriam senão extensões de Ministérios.

E pior ainda quando se fala tanto do Ministério Público federal quanto do TCU, entes esses que, se precisarem de que o chefe de outro Poder demita seus funcionários, merecem simplesmente desaparecer do cenário da autonomia administrativa e organizacional de que desfrutam — algo literalmente impensável e sem qualquer sentido.

Assim como aparentemente, hoje, no caso do Poder Executivo, aquelas autoridades mencionadas no inc. II são os Ministros de Estado, podem de fato não ser, como podem deixar de sê-lo em função de alterações organizacionais no Executivo federal.

Somente a norma interna de cada Poder, órgão ou entidade, portanto, indicará quais de fato são aquelas autoridades. Sejam quais forem, apenas elas poderão aplicar suspensões, a seus respectivos servidores, se superiores a trinta dias. Não será o caso de intervenção do Presidente da República, mas não será caso também de delegar a penalização a autoridade inferior àquelas mencionadas no inc. II deste artigo.

III

O DRH da SAF expediu a propósito deste tema sua Orientação Normativa n. 53, através da qual expressa a inquietação daquele órgão central de pessoal da União quanto ao problema da delegação de competência punitiva. Referindo-se à

hipótese de aplicação das penas de cassação de aposentadoria e disponibilidade, e de demissão dos servidores autárquicos e fundacionais, estabelece a Orientação que será o Presidente da República a autoridade responsável para aplicá-las, se a autarquia ou a fundação pública estiver vinculada ao Executivo federal.

Caso o esteja a outro Poder do Estado, a outro órgão ou a outra entidade que não o Executivo, será o chefe dessa entidade ou órgão o competente para aplicar aquelas penalidades. Refere-se a Orientação Normativa n. 53 à falta de expressa delegação de competência pela L. 8.112.

Parece-nos exagerado o cuidado da SAF neste caso, uma vez que, por princípio, cada autarquia e cada fundação detém autonomia administrativa, que a exonera de cumprir ordem hierárquica do Presidente da República, ou de outra forma seriam Ministérios e não pessoas jurídicas separadas.

A L. 8.112 bem poderia, com efeito, ter previsto a hipótese de aplicação das penalidades dentro das autarquias e das fundações, indicando a competência punitiva dos respectivos presidentes ou chefes. Não o tendo feito a lei, a regra ora fixada pela SAF desprestigia, e muito, aquelas entidades, quanto ao seu alto governo, desautorizando por completo seus dirigentes máximos em seu poder decisório.

Reconhece-se de outro lado a dificuldade que enfrentaria o órgão central de pessoal da União, caso pretendesse prestigiar, de forma não prevista na lei, as diretorias das autarquias e das fundações, porém não é garantido que o Poder Judiciário, caso instado, confirme a diretoria dessa Orientação Normativa n. 53.

O inc. III estabelece o terceiro grau hierárquico das autoridades penalizadoras, fixando que o chefe da repartição ou outras autoridades, conforme definido nos regimentos ou regulamentos respectivos, aplicarão as penas de advertência ou suspensão de até trinta dias. Tal previsão exclui, naturalmente, toda e qualquer outra autoridade inferior da competência para aplicar essas penalidades.

Deve-se sempre ter presente que a autoridade detentora do *majus* de aplicar

graves sanções detém também o *minus* de impor as penas mais leves, ainda que a lei não o preveja expressamente. Quem pode o mais também aqui pode o menos.

O inc. IV deste artigo, por fim, atribui à autoridade nomeadora de servidor para cargo em comissão a competência de, assim como o nomeou, destituí-lo. Nada mais certo, uma vez que os atos de ingresso e de saída do servidor devem, por princípio, estar afetos à mesma pessoa, à mesma autoridade. Quem tem competência para nomear deve tê-la sempre para destituir.

Observe-se que apenas o inc. IV deste artigo cuida dos cargos em comissão, enquanto os três anteriores apenas se referem a cargo de provimento efetivo.

Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;

III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.

§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

§ 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.

§ 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.

I

Este artigo prevê os prazos de prescrição, contra a Administração, do direito

de ação disciplinar, prazos esses de interesse exclusivo da União. É para ela, com efeito, que se dirige o dispositivo, e apenas ela deverá cuidar de processar disciplinarmente seus servidores, quando e conforme for o caso, dentro dos prazos previstos nos incs. I a III do artigo.

Tal significa que, se a União não processar disciplinarmente seu servidor, acusado de alguma infração, dentro do prazo respectivo de prescrição (conforme seja a natureza da penalidade respectiva), perderá o direito de fazê-lo tão logo vença aquele prazo. A prescrição, como se sabe, diz respeito ao direito de ação, sendo portanto instituto tipicamente processual.

A razão de ser do dispositivo é impedir que o servidor permaneça eternamente sob a ameaça de ser processado pela Administração por uma falta que possa ter cometido há vinte anos, ou mais. Tal ameaça permanente pode fazer sentido quando se trata de certos crimes, ou certos procedimentos cuja apuração e penalização sejam necessariamente judiciais, mas nenhum sentido comporta se dentro do âmbito da Administração Pública, se envolvida questão puramente administrativa.

Prescrevem em cinco anos todas aquelas infrações puníveis com demissão, destituição de cargo em comissão e, afirma-o também a lei, cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

Infrações puníveis com a demissão são aquelas previstas no art. 132. Destituição de cargo em comissão é matéria dos arts. 135 a 137. Cassação de aposentadoria e disponibilidade, matéria prevista no art. 134, é tema que já mereceu comentários anteriores, e que extraordinário cuidado exige sempre que a Administração pretenda aplicá-las, isto em razão, conforme se diz, da péssima apresentação do assunto no art. 134.

Seja como for, legítima ou não a previsão do art. 134 (e não nos parece ser legítima), não poderá ser aplicada caso prescrita a respectiva ação administrativa, conforme o prazo estabelecido no inc. I deste artigo.

Prescreve em dois anos a ação disciplinar relativa à suspensão de qualquer

duração. Desse modo, suspensão por um dia ou por noventa dias enseja processo administrativo disciplinar, que não pode ser intentado se decorridos dois anos da ciência, pela Administração, da infração praticada pelo servidor, que ensejaria a penalização.

A pena de advertência tem a respectiva ação prescrita em cento e oitenta dias. Nenhum servidor federal poderá, portanto, ser sequer indiciado em procedimento punitivo de advertência se o fato que a ensejaria foi conhecido pela Administração há mais tempo que o acima estabelecido.

Observa-se, neste ponto, que a L. 8.112 preocupou-se efetivamente em conceder ao acusado uma ação disciplinar, antes de penalizá-lo mesmo com advertência. Essa preocupação é, mais que apenas salutar, *imprescindível* ante o disposto no inc. LV do art. 5º da Constituição Federal, consoante já se observou.

II

O § 2º estende as prescrições da lei penal aos cometimentos que a L. 8.112 considera também infrações administrativas. Este parágrafo estabelece, de tal sorte, uma exceção à rigidez dos prazos prescricionais constantes dos incs. I a III do artigo, pois, para saber os prazos prescricionais de crimes contra a Administração (alguns dos quais previstos no art. 132 da L. 8.112), será necessário combinar a aplicação do art. 109 do Código Penal com algum dos arts. 312 a 326 do mesmo diploma, sendo que estes últimos definem aqueles crimes contra a Administração, e o primeiro estabelece a relação entre a penalidade a cada um imposta e a respectiva prescrição.

O resultado de semelhante procedimento interpretativo fará diferir, em alguns casos, daqueles prazos prescricionais previstos nos incs. I a III deste artigo. Apenas por exemplo, a prática de aplicação irregular de dinheiros públicos é infração administrativa prevista no inc. VIII do art. 132 da L. 8.112, punível com demissão, cuja ação disciplinar prescreve em cinco anos.

Dentro do Código Penal aquele mesmo tipo é previsto no art. 315, como

“emprego irregular de verbas ou rendas públicas”, sendo que, combinando-se a respectiva penalidade com o disposto no art. 109, VI, a prescrição da ação penal para o caso é de dois anos. Nesse caso, como o fato é crime, deixa de prevalecer a prescrição da L. 8.112, art. 142, I, para predominar aquela do Código Penal, art. 109, VI.

O § 3º do art. 142 cuida da interrupção de qualquer prescrição prevista no mesmo artigo, fixando que processo disciplinar ou sindicância instaurada contra o servidor a interrompe, e isso até a decisão final proferida por autoridade competente. Por decisão final deve-se compreender aquela de que não mais caiba recurso, a definitiva.

A lei, neste mesmo § 3º, manda interromper a prescrição para o efeito de que, caso eventualmente não se encerre a ação disciplinar dentro do prazo prescricional contado na forma do § 1º do art. 142, possa a Administração encerrá-la quando o for, não lhe sendo tolhido esse direito pela ocorrência da prescrição.

Pode, portanto, a Administração iniciar seu procedimento disciplinar contra servidor quando bem entender, se dentro do prazo prescricional. Uma vez tendo iniciado aquela ação, não mais poderá ser atingida ela pela prescrição, a qual fica interrompida por tempo indeterminado, para possibilitar o processamento regular da mesma ação, e a sua conclusão em tempo suficiente.

O § 4º deste artigo tem redação tecnicamente ruim, pois não informa se, após cessada a interrupção, o prazo que fora interrompido recomeça a ser contado do zero, ou se continua a ser computado desde quando foi interrompido; este o principal assunto que justifica a existência do § 4º, que entretanto não o resolveu de modo razoável.

Não parece admissível que algum prazo prescricional, antes interrompido, quando cessada a interrupção volte ao seu marco inicial, à estaca zero, visto que este fato permitiria à Administração prorrogar indefinidamente, em direto prejuízo do servidor, os prazos prescricionais legais. Se, por exemplo, uma falta punível com a demissão, e portanto prescritível em cinco anos, sabida pela

Administração há quatro, sem nenhuma ação intentada, for objeto de sindicância mal instaurada e artificial, sem qualquer base de factibilidade, esse só fato serviria para apagar o quatriênio anterior, período que, somado a outro antes, faria prescrever a ação administrativa.

Tal situação ocorrendo, ao cabo de outros quatro anos poderia ser repetida, e assim indefinidamente, sempre em prejuízo de uma justa expectativa do servidor, e, como se denota, de modo artificial e persecutório, o que repugna a qualquer técnica.

Resulta claro, portanto, que o prazo prescricional cuja interrupção cesse deverá recomeçar *no ponto em que parou sua contagem*, computados em favor do servidor todos os anos e meses já corridos até a interrupção, para apenas ser completado, se for o caso. E, uma vez completado, nenhum direito restará à Administração para penalizar seu servidor, conforme a lei.

III

Suponha-se que um servidor federal cometa crime não relacionado com o exercício de seu cargo, de cunho inteiramente diverso e apartado da sua condição de servidor. Digamos que cometa um daqueles crimes mencionados na Constituição, art. 5º, XLIII, e definidos na Lei n. 8.072, de 25-7-1990, art. 1º, como crime hediondo: extorsão mediante sequestro, por exemplo.

Extorsão mediante sequestro é conduta que nada tem com o desempenho de um cargo público, podendo ser praticada por qualquer pessoa, servidor público ou não. Trata-se no entanto, mais do que qualquer daquelas condutas irregulares elencadas no art. 132 da L. 8.112, de um crime talvez mais grave que o conjunto de todos aqueles incisos. Torna-se, pois, virtualmente insuportável e insustentável a manutenção de um servidor, condenado por crime hediondo, ou mesmo comum, ainda que não tenha sido contra a Administração, nos quadros do serviço público.

Nenhum cidadão consciente pode admitir contribuir com seu trabalho e seu

dinheiro para manter o vencimento de um servidor sequestrador, estuprador, envenenador de água potável ou praticante de latrocínio, e por isso condenado. A simples ideia é repugnante, e por todos os títulos inadmissível.

O Código Penal estabelece, no art. 92, I, que é também efeito da condenação a perda de cargo ou função pública, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração, quando a pena aplicada for superior a quatro anos. Nesses casos, o Juiz, motivadamente e não de modo automático, poderá determinar, além da pena privativa de liberdade, a acessória, de perda do cargo público.

Como, entretanto, são restritas as hipóteses mencionadas, e raramente se vê aplicada a pena acessória, permanece irresoluto o problema suscitado, na maior parte das vezes de condenação do servidor público a penas privativas de liberdade, em razão de crimes comuns ou crimes hediondos.

A L. 8.112 falhou gravemente ao deixar de prever esta hipótese. Classificar a ausência do servidor que cumpre pena, por crime não relacionado com seu cargo, como abandono de cargo, previsto no art. 138, parece absolutamente indevido, já que naquele artigo se menciona a ausência intencional do servidor, e com certeza nenhum condenado cumprindo pena falta ao seu serviço público intencionalmente.

Menos inadequado será categorizar a falta ao serviço, naquela circunstância, como inassiduidade habitual, irregularidade prevista no art. 139 da L. 8.112, ainda que também sobressalte o caráter forçado dessa tipificação.

Não se pode considerar causa justificada, ou ao menos *justificável*, a ausência do servidor, por cumprir pena, ainda que disso saiba a Administração. Se ausências por essa razão podem ser justificadas por escrito, formalmente portanto, do ponto de vista moral são absolutamente injustificáveis, já que nenhuma eventual alegação pode ser aceita pela Administração como suficiente para excluir o caráter de gravíssima culpabilidade do servidor faltante.

Parece forçoso admitir, em conclusão, à falta de melhor enquadramento na L.

8.112, que se deve indiciar em processo administrativo por inassiduidade habitual o servidor público condenado por crime comum ou hediondo, cumprindo pena, para o fim de, ao término do mesmo processo, demiti-lo do serviço público. A hipótese é até mesmo burlesca, pela sua penalidade, mas resta imprescindível para a autoridade administrativa, caso ocorra no âmbito da repartição que administra, resolver pendências semelhantes.

Mauro Roberto Gomes de Mattos escreve não menos que trinta páginas sobre este art. 142, elencando, entre importantes comentários, copiosa jurisprudência, num conjunto que vale a pena compulsar**[62]**.

IV

O que se faz necessário comentar, neste passo, por relacionado com a questão da processual prescrição, é o tema da *decadência* que limita a possibilidade de anulação de atos administrativos dos quais resultou benefício a alguém, servidor público para o que aqui interessa. Diferentemente de prescrição, que é voltada à perda da ação (judicial ou administrativa) que assegure algum direito, a decadência se refere à perda *do próprio direito*, e portanto diz respeito a direito material, substantivo e originário, e não processual ou adjetivo como a prescrição.

Reza o art. 54 da muito importante Lei n. 9.784, de 29-1-1999, a lei do processo administrativo federal, que "O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé".

Tão relevante é essa disposição — por delimitar em definitivo um prazo fatal para a Administração poder anular seus atos beneficiadores de alguém — que se impõe como marco de obrigatória consideração por todas as entidades da Administração Pública, e não apenas federais, mas de todo nível, como já têm reiteradamente decidido os tribunais.

Não é a ação ou o procedimento que prescreve, como neste art. 142, mas, antes disso, o próprio direito de a Administração vir a anular administrativamente algum ato seu de que alguém se beneficiou. Significa mais do que uma limitação meramente procedimental, porque atinge em seu âmago o próprio e substantivo direito de anular, e não apenas o modo ou a forma procedimental que seria utilizada para anular, matéria sujeita a prescrição.

Observe-se que mesmo atos inconstitucionais ou ilegais, se beneficiaram alguém que não lhes tenha dado causa por comprovada má-fé, se sujeitam a esse prazo decadencial, do art. 54 da lei do processo administrativo federal. Apenas a má-fé do beneficiário do ato, demonstrada suficientemente, afasta a incidência deste art. 54 referido, seja qual for o ente federal, ou mesmo estadual, distrital ou municipal.

Revelando-se *profundamente moralizante* da atividade e da organização administrativa dos entes públicos brasileiros aquele art. 54 da LPA — por limitar objetiva e razoavelmente um Poder Público que de outro modo seria quase ilimitado no tempo em prejuízo de terceiros —, deve a Administração manter-se permanentemente atenta a este dispositivo, uma vez que a sua negligência ou desatenção quanto a isso pode ensejar consequências de todo inesperadas.

Quanto ao prazo prescricional e o início de sua contagem, assim deliberou o STF, no RMS n. 24.737/DF, j. 1-6-2004, 1ª Turma: “De acordo com o art. 142, inciso I, § 1º, da Lei n. 8.112/90, o prazo prescricional de cinco anos, para a ação disciplinar tendente à demissão ou cassação de aposentadoria do servidor, começa a correr da data em que a Administração toma conhecimento do fato àquele imputado. O art. 11 da Emenda Constitucional 20/98 convalidou o reingresso — até a data da sua publicação — do inativo no serviço público, mediante concurso. Tal convalidação alcança os vencimentos em duplicidade, quando se tratar de cargos acumuláveis, na forma do art. 37, inciso XVI, da Magna Carta, vedada, apenas, a percepção de mais de uma aposentadoria. Recurso ordinário provido. Segurança concedida”.

Título V

DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Capítulo I
DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigos 143 ao 146

Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.

§ 1º e § 2º (Revogados pela Lei n. 11.204, de 5-12-2005.)

§ 3º A apuração de que trata o caput, por solicitação da autoridade a que se refere, poderá ser promovida por autoridade de órgão ou entidade diverso daquele em que tenha ocorrido a irregularidade, mediante competência específica para tal finalidade, delegada em caráter permanente ou temporário pelo Presidente da República, pelos presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da República, no âmbito do respectivo Poder, órgão ou entidade, preservadas as competências para o julgamento que se seguir à apuração. (Parágrafo incluído pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

I

Este artigo foi modificado pela Lei n. 9.527/97, que lhe incluiu seu § 3º, e teve revogados seus §§ 1º e 2º pela Lei n. 11.204, de 5-12-2005.

O art. 116, VI, fixa a obrigação de o servidor comunicar à autoridade que lhe

seja superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo.

Este art. 143 estabelece que qualquer autoridade, ciente de irregularidade no serviço público, seja por denúncia de servidor, seja por qualquer outro meio, será obrigada a apurá-la imediatamente, através de sindicância ou processo disciplinar, garantindo sempre ampla defesa ao acusado.

A Orientação Normativa n. 97 do DRH da SAF enfatiza que mesmo para imposição da pena de advertência faz-se necessário processo administrativo contraditório que assegure ampla defesa ao acusado; isto, conforme já afirmado, é imprescindível à correta aplicação de qualquer penalidade. Ou, de outro modo, estaria descumprido o direito constitucional garantido a qualquer acusado de defender-se com todos os meios existentes em direito.

O artigo nada mais traduz que a obrigação, imposta a qualquer autoridade administrativa, de apurar regularmente toda irregularidade no âmbito de sua repartição, ou das que lhe sejam subordinadas, de que tenha sido noticiada.

Às vezes é caso para mera sindicância, tratando-se de boatos, fofocas ou mexericos, lamentavelmente frequentíssimos no âmbito do serviço público. Semelhantes comentários, em geral irresponsáveis e maledicentes, podem entretanto não o ser, e se referir a fatos graves, os quais, se considerados pela autoridade presente possivelmente comprometedores do bom andamento do serviço, ou atentatórios à vida regular da Administração, exigirão dela pelo menos a instauração de sindicância para apurá-los.

Por vezes se comentam fatos simplesmente desairosos a alguém, a algum servidor; outras vezes, entretanto, as autoridades tomam ciência de acontecimentos, ainda que não diretamente vinculados ao serviço da Administração, terrivelmente ruinosos no mínimo à reputação da entidade pública, da repartição.

Ainda que não relativos ao trabalho, certos fatos transmitidos aos superiores hierárquicos não podem ficar ao largo de séria apuração, procedida ao menos por sindicância. Tendo conhecimento desses fatos, é cediço que deve a autoridade

necessariamente apurá-los.

Tão graves e tão evidentes são, por outro lado, certas ocorrências envolvendo servidores que nem mesmo é preciso a sindicância para apontar a necessidade de processo administrativo disciplinar. Nessa hipótese, deve ser logo de início instaurado aquele processo, convocando-se todas as pessoas, bem como invocando-se todos os meios de provas necessários à boa condução do trabalho e à elucidação do fato apontado.

A inércia, a inação da autoridade, a sua omissão, quando ciente de fatos graves envolvendo servidores ou o serviço, poderá acarretar-lhe mesmo o enquadramento no tipo previsto no art. 117, XV, da L. 8.112, qual seja, proceder de forma desidiosa; tal significa omitir-se ou negligenciar na defesa dos interesses que lhe compete administrar. Desse enquadramento, em um processo disciplinar, podem, naturalmente, resultar graves consequências àquela autoridade.

II

O § 3º, incluído pela Lei n. 9.527/97, prescreve que a apuração da irregularidade de que tenha tido ciência a autoridade poderá dar-se não pela autoridade do órgão na qual ocorreu, porém pela de outro órgão, que exercerá esse poder por competência expressamente delegada, seja em caráter permanente, seja em caráter temporário ou apenas para aquele ensejo, pelas autoridades que o dispositivo elenca, conforme cada caso.

Essas autoridades são o Presidente da República, os presidentes de cada casa do Congresso Nacional, o presidente de cada tribunal federal e o Procurador-Geral da República, sempre dentro de cada respectivo âmbito, porém fica sempre preservada a competência da autoridade hierárquica originária para o julgamento que se seguir àquela apuração.

Pelo dispositivo pode portanto uma daquelas autoridades delegar competência para outra daquelas autoridades, específica para apurar

irregularidades praticadas, dentro da organização chefiada pelo segundo, por um servidor da organização chefiada pelo primeiro; uma vez apurada, remetidos os autos à primeira autoridade, esta proferirá o julgamento, já que é o chefe originário do servidor.

Exemplificando, se um servidor do Executivo está emprestado ao Senado e aí pratica irregularidade funcional, uma vez disso ciente pode o Presidente da República delegar competência ao Presidente do Senado para apurar aquela irregularidade praticada no Senado, devendo os autos da respectiva apuração, após concluídos, ser encaminhados, com o conclusivo relatório da comissão apuradora, ao Presidente da República, para que este julgue o seu servidor até então emprestado ao outro Poder.

Trata-se portanto da mera delegação de competência para apurar fatos ou denúncias, sem implicar o deslocamento da competência de julgar o servidor indiciado, que por medida de lógica organizacional e de administração de pessoal permanece atrelada ao chefe de seu Poder originário.

Observe-se que neste ponto a L. 8.112 não mais admite o procedimento sumário, indicando em vez dele ou a sindicância ou o processo administrativo disciplinar tradicional.

> *Art. 144. As denúncias sobre irregularidades serão objeto de apuração, desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada a autenticidade.*
>
> *Parágrafo único. Quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a denúncia será arquivada, por falta de objeto.*

Este artigo contraria abertamente o anterior, pois pretende que apenas denúncias manifestadas de modo formal e com autenticidade confirmada merecerão apuração. É profundamente infeliz a ideia, negando de forma evidente

a responsabilidade de qualquer autoridade que passe a ter ciência de fato delituoso.

Se, apenas por exemplo, um chefe de serviço é informado por boataria de que um seu servidor praticou grave descaminho na repartição, da qual ele pode até mesmo ter prova material, mas sem que tenha sido daquilo informado por escrito, a teor deste art. 144 estaria desobrigado de apurar a irregularidade. Tal conclusão é rematadamente absurda, custando crer possa ter sido tão contraditório neste ponto o legislador federal.

Com efeito, demonstrava o legislador saber, a teor do art. 143, que não importa o modo como a autoridade foi cientificada de infração ocorrida no âmbito de seu serviço, bastando que dela tivesse tido ciência para precisar apurá-la.

Tal impressão foi desfeita pela leitura do art. 144, que parece exigir seja a denúncia formulada por advogado, sob forma peticional, com indicação de vários requisitos, tudo de modo a dificultar a apuração da infração, acobertando o servidor faltoso. É incompreensível, assim, a existência deste art. 144, pela qual os servidores infratores, perniciosos, serão eternamente gratos ao legislador federal.

Uma autoridade administrativa séria e idônea jamais observará este art. 144, atuando com fidelidade, isto sim, ao artigo anterior.

Art. 145. Da sindicância poderá resultar:

I - arquivamento do processo;

II - aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias;

III - instauração de processo disciplinar.

Parágrafo único. O prazo para conclusão da sindicância não excederá 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período, a critério da

autoridade superior.

I

Da sindicância poderá resultar o arquivamento do processo de *sindicância* — só pode ser esse o efeito pretendido pelo legislador. É de má técnica misturar conceitos como sindicância e processo, tratando a lei de "processo" ora com um sentido, ora com outro. No caso do inc. I deste artigo, do procedimento de sindicância poderá, como primeiro resultado, ocorrer seu arquivamento, evidentemente por falta de indício suficiente para instauração do processo disciplinar, que poderia ser cabível. Só assim faz sentido o inciso.

O inc. II do art. 145, de outra parte, só pode ser tido como outra infeliz brincadeira do legislador federal. Há oportunidades em que a inconsequência do autor da L. 8.112 faria envergonhar alunos de primeiro ano do curso de direito.

No momento em que alguma sindicância for suficiente para aplicar penalidade a alguém, ter-se-á, nesse mesmo átimo, revogado a garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório aos acusados em geral, o Código de Processo Penal, os princípios de processo e as mais comezinhas garantias, ao cidadão e ao servidor, do devido processo legal.

Sindicância jamais condena alguém a coisa alguma. Trata-se de um procedimento facultativo, inquisitório, prévio a qualquer procedimento para pretensão punitiva, que por tudo isso nunca pode ensejar penalização a quem quer que seja.

Ninguém pode ser condenado num inquérito policial, como ninguém pode ser condenado numa sindicância administrativa, nem mesmo à pena de advertência, muito menos à de suspensão. É seguro e pacífico que tantas penalidades quantas a União aplicar em função do inc. II deste art. 145 serão revogadas, com execração para a desavisada autoridade que as aplicar, em mandado de segurança.

Se pode ser escusada alguma ignorância por parte de autoridades administrativas, é absolutamente inaceitável a crassa ignorância jurídica demonstrada pelo legislador ao editar este grotesco e aberrante inc. II do art. 145. Mais um momento desastroso da L. 8.112.

II

O inciso seguinte, III, fixa que da sindicância pode resultar a instauração de processo disciplinar, e isso somente ocorrerá quando daquele procedimento prévio e inquisitorial ressaltarem indícios de efetiva culpabilidade do agente ali acusado, suficientes para ensejar sua regular apuração num amplo e contraditório processo administrativo disciplinar.

Nesse processo, se formado, inverter-se-á o ônus da prova, conforme adiante se examinará, passando ele para a Administração, que deverá provar a culpa do acusado, e não este a sua inocência, como na sindicância.

Não pode ultrapassar trinta dias a realização de qualquer sindicância, salvo se autorizada prorrogação por outros trinta pela autoridade superior à sindicante. A razão de ser dessa limitação é coibir a evidente angústia que qualquer sindicância provoca, enquanto realizada no ambiente respectivo de trabalho. Parece com efeito uma agonia interminável, uma espada de Dâmocles pendendo sobre a cabeça do servidor indiciado, em situação constrangedora e que a ninguém favorece no âmbito do serviço público.

Como a sindicância é sempre procedimento prévio a qualquer procedimento punitivo, e assim poderá ensejar a repetição e a ampliação de todo o seu procedimento, pela simples instauração do processo disciplinar, natural que a lei limitasse no tempo a sua duração, para evitar a longa e dolorosa *via crucis* tanto do acusado quanto dos sindicantes. Deve ter-se baseado a lei no conhecido adágio, nem sempre aplicável a esta hipótese entretanto, segundo o qual é preferível um fim horroroso a um horror sem fim.

A prorrogação somente será deferida, por evidente, se demonstrada

cabalmente sua necessidade, não podendo jamais abusar, o sindicante, desse pedido, que prorroga supradito horror.

III

O TJMG já decidiu sobre a insuficiência da sindicância — que, como tal, não observe o contraditório e a ampla defesa — como instrumento apto a aplicar a penalidade, como segue:

"Processo administrativo-disciplinar. Sindicância. Inquérito administrativo. Princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Inobservância. Aplicação de pena. Nulidade. Falta disciplinar. Apuração. Observância das normas legais. Imprescritibilidade. Com o advento da Constituição Federal de 1988, os princípios do contraditório e da ampla defesa devem ser observados, também, no processo administrativo-disciplinar, e não apenas nos processos judiciais — na apuração de falta disciplinar, é imprescindível que sejam observadas as normas legais para caracterizar a legalidade da punição aplicada.

A sindicância é um verdadeiro inquérito administrativo que precede o processo administrativo disciplinar. *Entretanto, é comum a sua utilização para apurar pequenas faltas dos servidores, o que não afasta a aplicação dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, sob pena de nulidade da punição imposta*" (AC n. 248.267-7-00-7ª Câmara Cível, *DJMG*, 5-10-2002; grifamos).

> *Art. 146. Sempre que o ilícito praticado pelo servidor ensejar a imposição de penalidade de suspensão por mais de 30 (trinta) dias, de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou destituição de cargo em comissão, será obrigatória a instauração de processo disciplinar.*

Temos aqui o remate da insânia constante do art. 144. Eivado dos mesmos

vícios insanáveis de inconstitucionalidade daquele, este artigo não pode ser tido a sério por qualquer autoridade administrativa federal, caso pretenda que a pena de advertência ou de suspensão de até trinta dias possa ser aplicada baseando-se em mera sindicância.

Nunca, jamais, em tempo algum sindicância condena alguém sequer à pena de advertência. Existisse a pena de olhar feio, ou de condenar alguém a tomar café sem açúcar, nem mesmo para isso serviria suficientemente a sindicância.

É sempre imperioso instaurar-se processo contraditório e com ampla defesa para pretender impor qualquer pena, por mais irrisória que pareça, a quem quer que seja. Afirmar diferente é simplesmente desconhecer o direito brasileiro, acaso numa de suas mais primárias e meritórias vigas-mestras, esteio indispensável de todo o direito penal.

Se qualquer pena somente pode ser aplicada a quem for acusado de alguma irregularidade, servidor público ou não, ao seu caso aplica-se a garantia constitucional da ampla defesa, prevista no inc. LV do art. 5º da Constituição Federal. Sempre que exista algum acusado de alguma coisa, não poderá ele ser condenado absolutamente a nada se não se lhe garantir ampla defesa num regular procedimento contraditório.

Assim, por inconstitucional e tão absurdo quanto o art. 144, é de todo inaceitável este art. 146 na parte que permite aplicar qualquer penalidade a servidor público apurada tão somente em sindicância — *na suposição de que de fato se esteja tratando de, e lidando com, sindicância, e não com um verdadeiro e contraditório processo administrativo apenas rotulado de sindicância*, como de há muito sói ocorrer em inúmeros entes públicos brasileiros.

Sirva aliás essa assertiva de alerta: pela regra da *identidade*, segundo a qual cada coisa é ela própria e não outra coisa, uma sindicância para assim juridicamente se caracterizar não pode ser contraditória mas inquisitória; não pode comportar defesa ao indiciado, como nenhuma inquisição comporta; não pode senão juntar fatos, anotações, registros, elementos ou fatores de preliminar

convicção.

Caso desse procedimento unilateral de apuração resultar a convicção de que existiu irregularidade a ser aprofundada e possivelmente apenada em processo, ou indício suficiente para determinar sua apuração em contraditório processo, ou ainda caso exsurja a convicção de que nada disso existe, então terá sido concebida, conduzida e concluída com acerto a sindicância, que então nesse momento deve encerrar-se para dar vez ao processo, ou em definitivo deve arquivar-se porque nada de concreto apurou sequer preliminarmente.

Mais do que isso, e não se estará lidando com sindicância.

Capítulo II

DO AFASTAMENTO PREVENTIVO

Art. 147. Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo disciplinar poderá determinar o seu afastamento do exercício do cargo, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração.

Parágrafo único. O afastamento poderá ser prorrogado por igual prazo, findo o qual cessarão os seus efeitos, ainda que não concluído o processo.

Foi cautelosa a L. 8.112 neste passo, onde não retirou a remuneração do servidor suspenso cautelarmente, indiciado em processo disciplinar, quando a suspensão foi determinada para que aquele não viesse a influir na apuração da irregularidade imputada.

Ocorre que inúmeros mandados de segurança no Brasil têm deferido o direito ou à remuneração ou ao retorno ao serviço ativo, com remuneração, a servidores suspensos preventivamente por até noventa dias, entendendo haver abuso de direito, por parte da Administração suspensora.

Temendo, ou não, a lei semelhantes resultados, o fato é que o servidor, ainda que suspenso cautelarmente enquanto respondendo a processos disciplinares, receberá sua remuneração integral, sem qualquer prejuízo, no curso da suspensão. Trata-se, assim, de uma exceção à regra clássica da irremunerabilidade nas suspensões disciplinares.

O parágrafo, bem à maneira brasileira, faculta à Administração prorrogar por outros sessenta dias a suspensão cautelar do servidor indiciado em processo. Quase nunca a Administração conclui seus processos administrativos no prazo que originariamente lhe é deferido, ou naquele recomendável.

O usual é nesses casos uma protelação incrivelmente longa do angustiante processo, da qual resultam malefícios, para todos os servidores envolvidos, de um como de outro lado do balcão de julgamento.

Desnecessário enfatizar que todo e qualquer procedimento disciplinar, desde que se garanta ao acusado a mais ampla e completa defesa, deve ser tanto quanto possível abreviado no tempo. É despiciendo reiterar quão desgastante se torna ver correr, no seio de qualquer repartição pública, por às vezes anos a fio, um cansativo, burocrático e volumoso processo punitivo. Existe desgaste físico, material e moral para todas as partes, acrescido crescentemente à medida que o processo não conclui.

Deve a Administração, portanto, evitar manter a humilhante suspensão cautelar a seu indiciado, sempre que possa, e apenas o poderá se for célere na apuração dos fatos de que se o acusa.

De qualquer modo, 120 dias será sempre o prazo máximo admissível para a suspensão cautelar do servidor indiciado em processo, sendo que, após expirado esse prazo, estará ele autorizado automaticamente a regressar ao serviço ativo, proibida a Administração de mantê-lo suspenso, ainda que o processo continue em tramitação. Ressalte-se que 120 dias constituem já prazo exageradamente dilatado para qualquer suspensão preventiva ou cautelar de servidor; quase sempre se pode classificar, até mesmo, como persecutória a suspensão por quatro

meses[63].

Dificilmente um servidor dará motivo a suspensão disciplinar tão longa, salvo em caso de extrema periculosidade em sua conduta no seio da Administração, sobretudo em certas carreiras dotadas de poderes especiais sobre os cidadãos administrados.

Neste caso, porém, aquele comportamento incontido, por vezes até escandaloso, já teria sido causa para outro anterior processo por incontinência pública e conduta escandalosa na repartição, na forma do inc. 5º do art. 132, falta essa punível com a demissão do serviço público.

Nesse sentido, sobre o abuso pela Administração daquela faculdade de suspender o servidor enquanto se o processa, assim já decidiu o TRF-1ª Região: "Constitui ofensa a direito líquido e certo do impetrante, bem como, ilegalidade e desvio de poder, a manutenção do afastamento do servidor do exercício de seu cargo posteriormente ao esgotamento do prazo legal da medida cautelar e sem que haja sido concluído o processo disciplinar" (REO n. 01337006-DF, 1ª Turma, *DJ*, 5-11-2001).

Capítulo III

DO PROCESSO DISCIPLINAR

Art. 148. O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.

I

Esta é uma definição eminentemente utilitária, excessivamente lacônica e sintética, voltada antes aos servidores incumbidos de conduzir processos administrativos do que para efeito externo à Administração.

O tema mereceu vasta literatura no Brasil[64], com obras às vezes de grande indagação e farta riqueza de detalhes.

Sempre que se menciona “processo administrativo”, ou processo disciplinar, em primeiro se indica a diferença clássica entre processo e procedimento, e aqui vale rapidamente relembrá-la. Processo é um conjunto de procedimentos, predeterminados na lei e executados em ordem certa e necessária, tendentes a dirimir alguma lide ou pendência. Procedimento, como se denota, é cada um dos atos que em seu conjunto irão compor o processo.

O processo pode ser judicial ou administrativo; em sendo judicial, será civil ou penal, e regido respectivamente pelo Código de Processo Civil e pelo Código de Processo Penal. Existe ainda o processo penal militar, que nada mais é senão o conjunto das regras processuais dentro do âmbito específico das forças armadas, e regido por diplomas próprios. Processo administrativo é, como a expressão indica, aquele desenvolvido apenas dentro do âmbito da Administração Pública, podendo revestir diversas naturezas, como, por exemplo, disciplinar, punitivo, tributário, fiscal.

Não se deve empregar a expressão “processo administrativo” em excesso, pois mesmo apenas dentro da Administração ela possui duplo significado, muito frequente: o de processo disciplinar, como no sentido ora visto da L. 8.112, e, na segunda acepção, como mero expediente administrativo, para o fim que for, originário de um ato interno da Administração, ou de um protocolamento de documento oriundo de fora dela.

Esses expedientes administrativos, encapados, numerados e rubricados, tenham a natureza que tiverem, são igualmente denominados, com pouca atenção, processos administrativos. Não é nesse sentido último, em absoluto, de modo algum, que a L. 8.112 emprega a expressão que denomina o Título V (“Do processo administrativo disciplinar”).

II

Sempre que algum servidor for acusado de haver cometido irregularidade, será o processo disciplinar o instrumento hábil para apurar a verdade, para o fim específico de puni-lo ou inocentá-lo.

O artigo estabelece que tanto as irregularidades praticadas, pelo servidor, no exercício das atribuições específicas do seu cargo quanto aquelas não específicas, mas apenas indiretamente com elas relacionadas, ensejam formação e condução de processo disciplinar.

Natural que assim seja, porque irregularidades o servidor pode praticar não só no exercício próprio de seu cargo, como também desempenhando funções apenas eventualmente relacionadas com aquelas. Esta última hipótese figura na lei, mas não deve nem sequer sugerir que a Administração possa designar atribuições diversas do respectivo cargo ao servidor, ou lhe estaria impondo obrigação indevida, desviando-o de sua função.

Deve-se compreender a parte final do artigo como a indicar que o servidor poderá praticar irregularidade em atribuições *estritamente correlatas às suas próprias*, quando as exercer por legítima determinação da autoridade.

Art. 149. O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de 3 (três) servidores estáveis designados pela autoridade competente, observado o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. (Caput com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

§ 1º A Comissão terá como secretário servidor designado pelo seu presidente, podendo a indicação recair em um de seus membros.

§ 2º Não poderá participar de comissão de sindicância ou de inquérito, cônjuge, companheiro ou parente do acusado, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau.

I

Cuida este dispositivo, alterado pela Lei n. 9.527/97, da denominada comissão processante, que aqui, estabelece a L. 8.112, será composta por três servidores estáveis designados pela autoridade competente, que indicará também, dentre eles, qual será o presidente.

Disséramos em edições anteriores que “a L. 8.112 curiosamente desleixou quanto a estabelecer que a hierarquia dos comissários deverá ser no mínimo igual, mas muito desejavelmente superior, à do indiciado, como em boa técnica outras leis fixam. Isso evitaria naturais constrangimentos de um superior ser julgado por um inferior, ou de um servidor ser julgado por outro de igual hierarquia. Recomenda-se, nesse sentido, inobstante a lacuna da lei, este cuidado, profilático e salutar para qualquer processamento disciplinar de servidor”.

Por outra coincidência ou não, a Lei n. 9.527/97 passou a determinar que a hierarquia dos membros da comissão processante haverá de ser no mínimo de mesmo nível funcional do indiciado, ou ao menos que tenham nível pessoal de escolaridade igual, podendo ocasionalmente não o exercer por ocupar cargo que não o exija.

O *caput* manda ainda que a autoridade, para designar a comissão, observe o disposto no art. 143, § 3º, o que significa apenas que, por delegação expressa de competência, a comissão pode ser designada pela chefia de um Poder para apurar falta de servidor pertencente a outro Poder, ou seja, não é apenas dentro de cada Poder que se apuram faltas funcionais dos seus respectivos servidores.

II

Apenas servidores podem ser comissários, e nunca cidadãos estranhos à Administração, como às vezes se denota de leis oriundas de pequenas esferas de poder. O secretário da comissão, que é o redator das atas de reuniões e

responsável pelos registros de tudo quanto ocorra no processo, poderá ser um dos membros, se designado pelo Presidente, bem como um servidor estranho à comissão, mas jamais, repita-se, um cidadão estranho ao serviço público.

A lei aqui não fez distinção entre secretário-membro, com direito a voto, e mero secretário administrativo, em geral um escriturário que apenas datilografa o que se lhe determina. Ambos são apenas um, aqui. Fica claro na lei, no entanto, que todas as comissões processantes serão *especiais*, ou seja, designadas, uma a uma, a cada caso, sem permanência no tempo (cf. art. 151, I).

O § 2º estabelece um impedimento, por suspeição, seja o de que cônjuge, companheiro, parente, consanguíneo ou afim ao acusado, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, estão proibidos de participar, quer de comissões de sindicância, quer daquelas de inquérito. Observar-se-á a seguir que essa palavra "inquérito" outra vez foi pessimamente empregada na lei, neste caso no art. 151.

Quando a L. 8.112 se refere a comissão de inquérito, em oposição a comissão de sindicância, quer apenas e tão somente significar a própria comissão processante, referida neste art. 149. Assim se deve concluir, pois não é possível admitir a existência de uma comissão de instauração, outra de inquérito e uma terceira de julgamento, conforme a distinção de etapas a que procede o art. 151.

Para os efeitos do artigo, cônjuge é o marido ou a mulher legalmente constituído, diferentemente de "companheiro", que é o marido ou a esposa "informal", figura cada dia mais comum na sociedade, e não apenas na brasileira. Parente é aquele assim definido pelo Código Civil, seja por consanguinidade, seja por afinidade; as linhas reta e colateral, bem como o terceiro grau mencionados, são aquelas expressões referidas no Código Civil de 2002, a partir do art. 1.591.

Art. 150. A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração.

Parágrafo único. As reuniões e as audiências das comissões terão caráter reservado.

Fixa este dispositivo nada mais que princípios de administração, sobressaindo: imparcialidade, ou observância do princípio da isonomia ou da igualdade (ou ainda da impessoalidade), e independência funcional, segundo o qual ficarão isentos de pressões hierárquicas ou mesmo políticas os membros das comissões, no curso de seus trabalhos de apuração.

A garantia de sigilo referida no artigo diz respeito ao caráter reservado dos trabalhos executados, expressamente assegurado pelo parágrafo único. Não significa isto violação ao princípio da publicidade, que é uma garantia do servidor e do cidadão e não implica devassa dos trabalhos da comissão, enquanto se realizam. Sendo concluídos esses trabalhos, o seu resultado será sempre passível de ser fornecido por certidão, para esclarecimento de situação e para defesa de direito, quer no plano administrativo, quer naquele judicial.

Tal garantia não interfere com a outra garantia que a lei confere, desta vez à Comissão, para que, sem tumultos, perturbações ou quaisquer ansiedades ou sobressaltos, possa conduzir e concluir seus trabalhos. Nenhuma autoridade, aliás, que precise decidir e organizar serviço trabalha em local devassado, sujeito às turbações naturais do atendimento ao público, ou da movimentação indiscriminada de pessoas; isso não é furtar ao público o direito de informação, mas resguardar o ambiente de trabalho necessário à prestação de qualquer serviço, público ou privado.

Toda tentativa de interferência hierárquica ou de cunho marcadamente político sobre o trabalho e as deliberações da comissão precisa ser por ela denunciada, para os fins de eliminar a injusta coerção, inaceitável sob qualquer ponto de vista.

Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:

I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;

II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório;

III - julgamento.

Neste artigo, a L. 8.112 procedeu a uma divisão arbitrária e antitécnica das fases sucessivas do processo disciplinar. Não existe, com efeito, razão técnica alguma, consultada a teoria geral do processo, que indique a necessidade dessa separação, sabendo-se que na verdade as fases se sucedem natural e espontaneamente, sem momentos mais rigidamente estanques, e em geral com poucas etapas preclusivas de direitos (como a divisão parece querer indicar).

Piora ainda o quadro quando se examina que a expressão *inquérito administrativo* foi tomada como sinônimo do próprio corpo principal do processo, onde se reúnem a instrução, a defesa e o relatório da Comissão. Inquérito, como se sabe no direito brasileiro, é exatamente o mesmo que sindicância, quer dizer, um procedimento de natureza inquisitorial, não contraditória, onde se acusa alguém de algo, cabendo ao acusado demonstrar sua inocência a fim de evitar o processo. Se a demonstrar, convencendo os sindicantes, nesse caso, com o arquivamento da sindicância, encerra-se a pretensão punitiva da Administração. Mas não aqui.

Outra vez uma lei de natureza administrativa empregou má acepção ao instituto, querendo similarizá-lo com o próprio processo administrativo. Se assim foi, entretanto, necessário delimitar o exato alcance do dispositivo.

Instaura-se, ou abre-se, o processo pela fase de comunicação do ato que constituir a comissão processante, ato esse de responsabilidade da autoridade competente para nomear os membros de cada qual (que é sempre especial para cada caso). Tal publicação se dá no *Diário Oficial da União*, e a partir dela, conforme prescreve o artigo seguinte, inicia-se o prazo para conclusão do processo.

O ato publicado deve indicar os membros da comissão, e já então seu presidente. Esse ato deverá também indicar sucintamente dados essenciais ao processo, como o seu número, eventualmente o servidor envolvido, a acusação que se lhe faz e o seu enquadramento legal, o nome da repartição, a data e a assinatura da autoridade responsável.

A segunda fase do processo a L. 8.112 fixou denominar-se "inquérito administrativo", terminologia condenável, conforme já foi declinado. Compõe-se essa fase da instrução da defesa e do relatório, ou seja: a instrução processual é para a L. 8.112 um conjunto dos atos de notificação do acusado, interrogatórios, oitivas de testemunhas, produção de provas e contraprovas, tanto pela Administração quanto pelo indiciado, até o último ato compreendido no conceito de ampla defesa, constitucionalmente assegurada.

Desnecessário recordar que qualquer cerceamento de defesa, ou de produção de meio de defesa, é ilegítimo de pleno direito, devendo ensejar, em juízo, a anulação de todo o procedimento, sempre que comprometida aquela.

Por *defesa* quer significar a lei, seguramente, aquela defesa final, escrita, referida nos §§ 1º a 4º do art. 161, que é deferida ao indiciado, após o encerramento da instrução processual, para possibilitar à comissão apresentar, compulsando-a com as provas colhidas, seu relatório final à autoridade julgadora.

O julgamento, por fim, é ato que não mais pertence à alçada da comissão, mas afeta à autoridade que a nomeou. Trabalho da comissão, aliás, é apenas aquele referido no inc. II deste artigo, sendo que compete à autoridade superior desincumbir-se daqueles referidos nos incs. I e III (nomear a comissão e, depois, julgar).

Com base em todo o bojo do processo, *e apenas na documentação que nele se contiver*, a autoridade competente proferirá seu julgamento, condenatório ou absolutório ao indiciado.

Desnecessário enfatizar também que precisa ser rigorosamente

fundamentado aquele julgamento, pois para divergir das conclusões do relatório precisará a autoridade julgadora embasar extensamente, sensivelmente mais que se as acolhesse, sua decisão final. É de esperar que aquele relatório venha robustamente alicerçado num vasto rol de provas, e embasado no direito correto. Para isso trabalhou, quase sempre de modo exaustivo, a comissão.

Art. 152. O prazo para a conclusão do processo disciplinar não excederá 60 (sessenta) dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por igual prazo, quando as circunstâncias o exigirem.

§ 1º Sempre que necessário, a comissão dedicará tempo integral aos seus trabalhos, ficando seus membros dispensados do ponto, até a entrega do relatório final.

§ 2º As reuniões da comissão serão registradas em atas que deverão detalhar as deliberações adotadas.

É de sessenta dias o prazo máximo para a conclusão de processo disciplinar, contados da publicação na imprensa do ato que constituiu a comissão, a qual poderá solicitar a dilação desse prazo por igual período (necessariamente fundamentando suas razões), quando as circunstâncias, a juízo da autoridade nomeadora, o exigirem.

Quase sempre, na prática da Administração, acontece a prorrogação, sobretudo quando se cuida das penalidades de demissão ou suspensões graves. Durante toda a realização do processo pode o servidor ser suspenso, sem prejuízo de sua remuneração, conforme se examinou na análise do art. 147.

Conhecem-se entretanto decisões judiciais que entenderam abusivas ao direito do servidor indiciado semelhantes suspensões, determinadas como são muitas vezes com caráter nitidamente persecutório e nada técnico, nem muito menos necessário**[65]**. Decorrido o prazo máximo previsto no *caput*, tem direito

o servidor ao arquivamento do processo, exigível até por mandado de segurança, não mais cabendo à Administração, sob nenhum argumento, puni-lo ou prejudicá-lo, ou mesmo simplesmente prosseguir o processo, após exaurido.

Uma única exceção comporta isso afirmado, aliás: a suspensão da contagem do prazo por medida judicial, como, por exemplo, uma liminar. Não seria, com efeito, justo nem aceitável que uma liminar suspensiva de processo administrativo não suspendesse também o prazo respectivo inerente ao próprio processo. Assim, pode ser legitimamente, conforme têm reconhecido os Tribunais, suspenso o prazo máximo previsto no art. 152, se pela exclusiva hipótese de medida judicial.

O § 1º estabelece uma desejável dedicação integral dos membros da comissão aos seus trabalhos apuratórios, quando dispensa do registro de ponto os membros da comissão, até o último ato que lhes cabe executar, qual seja, o relatório final.

Trata-se de dispositivo salutar que evita dispersar-se o trabalho da comissão com atividades estranhas às de apuração, e que evita também a redução do tempo que os comissários têm para desincumbir-se da missão.

Sabe-se que trabalho acumulado é trabalho mal desempenhado, de modo que a lei possibilitou, e a autoridade administrativa deve ater-se em boa técnica a esse autorizativo, que os comissários se dediquem exclusivamente aos trabalhos apuratórios. Entregue o relatório, entretanto, exaure-se o trabalho da comissão, devendo os servidores comissários retornar a suas atribuições originárias.

O § 2º menciona a principal atribuição do secretário da comissão, que pode ser seu membro ou não, seja o de registrar em ata todo o andamento dos trabalhos da comissão, como as deliberações tomadas, sempre que esta se reúna para deliberar ou dar alguma continuidade ao processo.

Tais atas constituem documento público que, se requerido, precisará ser fornecido ao cidadão interessado, servidor ou não, caso observado em seu pedido o requisito constitucional de fundamento (CF/88, art. 5º, XXXIV, *b* —

defesa de direitos ou esclarecimentos de situações de interesse pessoal).

Sobre esse tema decidiu interessantemente o TRF-4ª Região: "1. A aplicação isolada do art. 172 da Lei n. 8.112/90 pode encerrar injustiça, razão pela qual é recomendável uma exegese sistemática que leve em consideração também os arts. 152 e 167 do mesmo diploma legislativo, os quais estipulam, respectivamente, um prazo de 60 (sessenta) dias, prorrogável por igual período, para a conclusão do processo administrativo disciplinar, e um prazo de 20 (vinte) dias para o julgamento, totalizando 140 (cento e quarenta) dias. 2. Extrapolada tal limitação temporal, surge, sem dúvida, uma abusiva restrição ao exercício de um direito já plenamente incorporado ao patrimônio jurídico do seu titular, na medida em que o expõe a uma situação de contingência acerca do prazo em que será possível o gozo do benefício previdenciário" (AI n. 200304010545816-PR, 3ª Turma, *DJ*, 28-4-2004).

Seção I

DO INQUÉRITO

Art. 153. O inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito.

Coerente com a má técnica de denominar o processo "inquérito", prosseguem aqui, naturalmente, as menções a este último instituto.

Fixa-se que o inquérito administrativo, significando o processo, merecerá sempre as mesmas garantias dadas aos acusados em geral pela Constituição, art. 5º, LV: ampla defesa, contraditório e todos os meios de recursos admitidos em direito que os possam garantir.

Trata-se de garantia indispensável ao servidor acusado pela Administração, e que esta pretenda punir por processo administrativo. O que esta lei denomina

aqui inquérito é em verdade o amplo e complexo processo administrativo disciplinar, de índole necessariamente contraditória, como não o é a sindicância.

Por este artigo, que se soma à garantia constitucional, dada a qualquer cidadão, de ampla defesa, a L. 8.112 garante expressamente ao servidor indiciado em processo administrativo exercitar, por todos os meios ao seu alcance, a sua mais completa e absoluta defesa. Nenhum meio, nenhum recurso, nenhum aparato ou aparelhamento lhe poderá ser furtado, cerceado, reduzido ou de qualquer modo dificultado.

Contam-se, assim, entre os meios de defesa possíveis, a oitiva de testemunhas, perícias, vistorias, diligências, averiguações, acareações, inspeções, e outros imagináveis, desde que, naturalmente, lícitos. Desnecessário enfatizar que toda prova, dentre essas ou outras lícitas, pode ser exigida até por mandado de segurança, considerando-se o direito líquido e certo, constitucional e legal, de sua obtenção e utilização, por qualquer indiciado em processo administrativo ou judicial.

Nunca procure a autoridade administrativa, em nome de economia ou comodismo, ou, pior, por má-fé, sonegar algum meio de prova legítima ao acusado. Comprovado o procedimento cerceatório, o Poder Judiciário de todo nível, provocado, com absoluta segurança anulará a punição, ou paralisará, mandando refazê-lo, todo processo não definitivamente comprometido por má condução.

Anote-se também este excerto da jurisprudência do STF: Mandado de Segurança n. 26358/DF – Medida Cautelar no Mandado de Segurança, relator Min. Celso de Mello, j. 27-2-2007, publ. *DJ*, 2-3-2007, p. 50: (...)

“Assiste, ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanação da própria garantia constitucional do ‘due process of law’ (CF, art. 5º, LIV) – *independentemente, portanto, de haver previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado* –, a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a

ela inerentes (CF, art. 5º, LV), inclusive o direito à prova. – Abrangência da cláusula constitucional do ‘due process of law’”. (Grifamos, para enfatizar a indispensabilidade da garantia de ampla defesa, independentemente até mesmo de previsão legal local.)

Art. 154. Os autos da sindicância integrarão o processo disciplinar, como peça informativa da instrução.

Parágrafo único. Na hipótese de o relatório da sindicância concluir que a infração está capitulada como ilícito penal, a autoridade competente encaminhará cópia dos autos ao Ministério Público, independentemente da imediata instauração do processo disciplinar.

Fixa este dispositivo uma regra necessária em técnica processual: a de que os autos da sindicância concluída sempre integrem o processo disciplinar, para melhor instrução. É necessário que assim aconteça, porque a sindicância deve ter apurado dados importantes acerca da culpabilidade do servidor, já que para isso foi instaurada. Constituirá, pois, importante documento de resumo dos trabalhos de apuração, preliminares à instauração do próprio processo.

O parágrafo único estabelece outra norma bastante razoável, qual seja, a de que, no caso de a sindicância concluir que o servidor cometeu de fato a infração, e é ela capitulada como crime, seja sempre instaurado o processo disciplinar, com obrigatória remessa de cópia dos autos ao Ministério Público, para que essa instituição (que hoje constitui praticamente o quarto Poder do Estado) tome as providências que julgar cabíveis, oferecendo ou não sua denúncia, ou mesmo propondo ação criminal, se for o caso.

Acontece que qualquer crime é uma conduta tão grave, tão antissocial e injurídica, que não pode deixar de ser rigorosamente apurado, tanto na Administração quanto principalmente na Justiça criminal, bastando para isso que existam indícios suficientes de sua autoria por servidor público.

Art. 155. Na fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos.

Volta a L. 8.112 a mencionar o inquérito como sendo o próprio corpo principal do processo disciplinar. Este artigo integra-se com o 153, pois especifica algumas provas e alguns procedimentos garantidos tanto à Administração, que apura irregularidade atribuída a servidor, como ao servidor, em sua defesa própria.

Podem assim, a teor do artigo, ser tomados depoimentos, procedidas acareações, investigações e diligências cabíveis, participando técnicos e peritos sempre que necessário, de modo a bem elucidar a pendenga. Tais meios de prova mencionados no artigo evidentemente não constituem rol exaustivo ou fechado, pois qualquer meio de prova, literalmente qualquer um, desde que existente e lícito, pode ser empregado pelo servidor em sua defesa, ou pela Administração, na melhor apuração dos fatos imputados ao indiciado.

Quanto à despesa envolvida na coleta dessas provas, quando for necessária a contratação de peritos e técnicos especializados, correrá evidentemente por conta da parte que requeira a prova: se a Administração o fizer, deverá arcar com o seu montante, e, se o servidor indiciado as requerer, será ele quem deverá custeá-la.

Todas as provas, como a oitiva de testemunhas ou quaisquer depoimentos, devem, por fim, ser obtidas de maneira imparcial e isenta, permitindo-se ao depoente, à testemunha, aos acareados, suficiente privacidade nesse mister, de modo a impedir pressões psicológicas, coerções hierárquicas ou de qualquer natureza. Além de garantir o direito a todas as provas, a L. 8.112, bem como o Código de Processo Penal, que pode ser muitas vezes aplicado subsidiariamente neste caso, garantem às pessoas que oferecem provas todas as condições necessárias à sua mais perfeita produção.

Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.

§ 1º O presidente da comissão poderá denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos.

§ 2º Será indeferido o pedido de prova pericial, quando a comprovação do fato independer de conhecimento especial de perito.

I

Este artigo constitui algo como que um desmembramento do anterior, e aqui se garante, como não seria diferente, que todo servidor acusado tem direito de nomear advogado, querendo, para melhor defendê-lo, não lhe podendo ser, de resto, por óbvio, furtado o direito de acompanhar pessoalmente o processo. Constituir advogado, para o fim que for, é um direito constitucional de todo cidadão, sobretudo quando acusado de alguma coisa, conforme se vê do inc. LV do art. 5º da Carta Magna.

Trata também o *caput* da formulação de quesitos, pelo acusado, sempre que se produza prova pericial. Significa que o indiciado tem direito a formular perguntas, questionar o perito contratado, ainda que pela Administração, para atuar no seu caso. Se pode formular quesitos, pode evidentemente também impugnar respostas de quesitos formulados pela Administração, e o mesmo se diga desta quanto a quesitos propostos pelo indiciado. Essas impugnações, frequentes no processo judicial, constituem importante recurso contraditório.

Ocorreu entretanto, quanto a este tema de *constituição de defensor* para o indiciado, um importantíssimo evento jurisprudencial: o STJ editou, com julgamento em 12-9-2007 e publicação em 21-9-2007, sua Súmula n. 343, com o seguinte teor: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do

processo administrativo disciplinar".

Esta bombástica síntese, como mais apertada dificilmente existiria, indica em termos práticos que qualquer ação visando anular processo administrativo contra servidor público — não apenas federal — por *falta de defesa produzida por advogado inscrito na OAB*, que aportasse no STJ, seria provida.

Diante do impacto dessa súmula não é possível silenciar. Valendo-se de cinco precedentes**[66]**, o STJ decretou entender que não é apenas facultado ao servidor indiciado em processo administrativo constituir defensor se quiser, ou ainda que a Administração, no silêncio do servidor, lhe constitua defensor que seja servidor e não seja advogado inscrito. Não basta isso, a teor da súmula, para que supostamente se aperfeiçoe a ampla defesa constitucionalmente assegurada a todo acusado, mesmo no plano administrativo, em nosso país, como condição para que a pena eventualmente imposta seja legítima.

Deve ser advogado portador de um número de inscrição em alguma das Secções da OAB o defensor, seja ele constituído pelo servidor indiciado, seja ele dado pela Administração à falta da providência pelo servidor, para que a defesa então produzida seja tida como formalmente suficiente a permitir o resultado que for no processo administrativo disciplinar, regido pela L. 8.112 — mas a súmula espraia seus efeitos para além da lei federal, ou seja, nenhum processo administrativo disciplinar, em qualquer ente público do país, será válido se de todas as suas fases não participar um advogado formalmente inscrito.

A fundamentar esse recente entendimento do STJ está tanto boa doutrina quanto fundas reflexões dos próprios Ministros, expostas sobretudo nos precedentes judiciais da súmula, sempre a invocar a necessidade de que a defesa do indiciado não se constitua em mero cumprimento de formalidade constitucional, ou teatro de poucas luzes, num simulacro de *due process of law* que a ninguém nem a Estado algum, dito Democrático de Direito, lisonjeia ou embevece**[67]**.

Sendo súmula de um tribunal que tem outro por acima, em matéria

jurisdicional sobre tema constitucional como o é a questão da ampla defesa dos acusados (CF/88, art. 5º, LV) — o STF —, nada antecipadamente assegura que na mais alta corte será mantida a decisão do STJ embasada na sua Súmula n. 343; *mas tudo faz crer que sim*, porque acima da ideia de que a súmula seria "corporativista" em favor da profissão dos advogados, o fato é que veio ela ordenar de modo muito claro um assunto que não pode ficar ao alvedrio de autoridades federais que possam ter senso variável de *a* a *z* do que possa ser uma ampla e suficiente defesa de algum servidor indiciado em processo disciplinar.

Direitos tão sagrados como esse de defesa, em favor de acusados pela Administração em processos que podem alterar ou comprometer para sempre a vida daqueles indiciados, com efeito não podem periclitar ao talante subjetivo e exclusivo das autoridades condutoras do processo, mas para serem assegurados, como decerto a Constituição pretende, precisam contar com *profissionais de defesa* e não apenas com servidores que, ainda que ocasionalmente imbuídos da melhor boa-vontade, não pertençam ao ramo profissional da advocacia**[68]**.

Eis o *enunciado da ementa* do acórdão do STF no RE-AgR n. 487.236/DF, por demais esclarecedor somente em si: "Agravo regimental. Recurso extraordinário. Administrativo. Processo disciplinar. Cerceamento de defesa. Ausência de advogado constituído e de defensor dativo. Arts. 156 e 159 da Lei n. 8.112/90. *Ofensa reflexa. Necessidade de reexame do conjunto fático-probatório dos autos*" (grifamos).

II

A L. 8.112 faculta ao presidente da comissão indeferir pedidos de provas que considere impertinentes, ou meramente protelatórias, ou desinteressantes para o esclarecimento dos fatos. Significa isso que, sempre que o servidor indiciado requerer prova de todo inaplicável ao caso, ou com intenção manifestamente procrastinatória, apenas para consumir tempo útil de processo, ou ainda sem qualquer relação com ele, poderá indeferir tal pedido.

Desnecessário recordar que todo e qualquer indeferimento dessa natureza precisará estar justificado com rigor e precisão, pois está, em última análise, furtando ao indiciado o direito a uma prova que requereu.

É certo que nem toda prova pedida precisa ser deferida, tanto no processo administrativo quanto no judicial, onde é frequente Juízes indeferirem requerimentos de provas que consideram impertinentes, protelatórias ou irrelevantes. Em todos os casos, entretanto, repita-se, a denegação dos pedidos precisará estar razoavelmente fundamentada, demonstrando-se quão indevido é o pedido. Em assim não acontecendo, remanescerá ao requerente um claro direito à obtenção da prova, factível até pela via do mandado de segurança.

O § 2º contempla autêntico casuísmo, mas que apresenta também alguma importância. Sempre que não for decisivo um conhecimento especial ou particular de perito para atestar o que quer que seja, poderá a autoridade indeferir requerimentos de perícias.

Somente se justifica a perícia, com efeito, para hipóteses em que o cidadão ou a autoridade não possam, com seus conhecimentos, oferecer subsídio ao processo; só se admite perito quando o seu trabalho especializado é imprescindível, quando o conhecimento das autoridades for insuficiente para dirimir ou esclarecer obscuridades, eventualmente surgidas no curso do processo. Somente se justifica a contratação de especialista se o caso o exigir.

O STF decidiu no MS n. 22.791/MS, j. 13-11-2003, Pleno, deste modo, quanto a questões relevantes e questões irrelevantes no processo administrativo disciplinar — e também pronunciou-se acerca de sindicâncias que de fato o são (e não processos administrativos *travestidos* de sindicâncias): “Demissão. Penalidade aplicada ao cabo de processo administrativo regular. Suposto cerceamento da ampla defesa e do contraditório na sindicância. Irrelevância teórica. Procedimento preparatório inquisitivo e unilateral. Não ocorrência, ademais.

Servidor ouvido em condição diversa da testemunhal. Nulidade processual

inexistente. Mandado de segurança denegado. Interpretação dos arts. 143, 145, II, 146, 148, 151, II, 154, 156 e 159, *caput* e § 2º, todos da Lei federal n. 8.112/90. A estrita reverência aos princípios do contraditório e da ampla defesa só é exigida, como requisito essencial de validez, assim no processo administrativo disciplinar, como na sindicância especial que lhe faz as vezes como procedimento ordenado à aplicação daquelas duas penas mais brandas, que são a advertência e a suspensão por prazo não superior a trinta dias. Nunca, na sindicância que funcione apenas como investigação preliminar tendente a coligir, de maneira inquisitorial, elementos bastantes à imputação de falta ao servidor, em processo disciplinar subsequente".

> *Art. 157. As testemunhas serão intimadas a depor mediante mandado expedido pelo presidente da comissão, devendo a segunda via, com o ciente do interessado, ser anexada aos autos.*
>
> *Parágrafo único. Se a testemunha for servidor público, a expedição do mandado será imediatamente comunicada ao chefe da repartição onde serve, com a indicação do dia e hora marcados para inquirição.*

Aqui a L. 8.112 comete evidente impropriedade terminológica, pois pretende atribuir à autoridade administrativa poderes próprios de Juiz, ou de Promotor Público, ou de autoridade policial. Intimação é ato judicial, definido pelo art. 234 do Código de Processo Civil, e não pode ser confundida com mero convite a depor, que é o único instrumento à disposição da autoridade administrativa com relação a cidadãos não servidores.

Autoridade administrativa não tem poder para intimar quem não seja servidor público para depor em processo administrativo. Cidadão não servidor apenas depõe em processo administrativo se quiser, e só pode ser a isso compelido por determinação do Juiz.

Outra é a hipótese de inquérito na polícia; a autoridade policial tem

competência para intimar alguém, ainda que não servidor público, a depor, o que pode exigir até coativamente. Não é, em absoluto entretanto, o caso do processo administrativo disciplinar, onde a autoridade pode apenas convidar, solicitar que compareça, mas nunca obrigar nem impor comparecimento.

Quanto a servidores, a autoridade responsável por determinada repartição só tem poder "intimatório" em razão desta disposição específica da L. 8.112, o art. 157, parágrafo único; não fora essa disposição, apenas por poder hierárquico seria "intimado" servidor a depor em processo administrativo. A teor da L. 8.112, entretanto, qualquer autoridade administrativa presidente de comissão processante tem poder de convocar testemunhas servidores públicos, da hierarquia que forem, para serem ouvidos em processo disciplinar.

Não sendo servidor o convidado (e não intimado), ele dará ciente à "intimação" se quiser, não precisando, em absoluto, fazê-lo, pois nenhum efeito tem sobre o cidadão não servidor toda a L. 8.112, que é lei voltada apenas e tão somente ao servidor, e à Administração no seu trato. Se, entretanto, a testemunha for servidor público, será comunicada ao seu chefe a intimação recebida, onde estará necessariamente especificado o dia e o horário designados para a oitiva.

Não mencionou a lei, mas é evidente, também, que o local onde se dará a audiência da testemunha precisará figurar expressamente da notificação, visto ser um dos seus mais importantes dados. Substitui-se, nesse caso, o poder hierárquico do chefe da testemunha pelo do presidente da comissão que a intimou, não podendo o primeiro opor-se à convocação pela comissão processante federal, na repartição que for.

Art. 158. O depoimento será prestado oralmente e reduzido a termo, não sendo lícito à testemunha trazê-lo por escrito.

§ 1º As testemunhas serão inquiridas separadamente.

§ 2º Na hipótese de depoimentos contraditórios ou que se infirmem, proceder-se-á à acareação entre os depoentes.

I

Este dispositivo proíbe o depoimento pré-fabricado das testemunhas; ele deverá ser espontâneo, e esse requisito é essencial à sua validade como prova. É absolutamente inconcebível, com efeito, que assim não seja em qualquer oitiva de testemunha, administrativa ou judicial, pois ela nem mesmo conhece o teor das perguntas que lhe serão efetivadas, de modo que carece por completo de sentido que traga já de sua casa, ou de sua repartição, pronto, um texto qualquer, que pode revelar-se até mesmo impertinente ao tema, mas, o que é pior, que será sempre profundamente suspeito e inconfiável.

O valor probante da prova testemunhal é exatamente este: a espontaneidade das respostas e a liberdade do depoimento, que se exige apenas corresponder à verdade sabida pelo depoente. Depoimento trazido previamente escrito tem tão pouco sentido quanto defesa oral, em júri, por advogado, trazida escrita.

O § 1º garante condição livre de pressões para as testemunhas durante sua inquirição e depoimento. Seria profundamente constrangedor a testemunha falar observada por outras testemunhas, que poderiam assim condicionar ilegitimamente o que iriam depor, alterando a verdade que conhecem segundo uma ou outra conveniência originária do depoimento a que assistiram.

Faz parte da prova testemunhal, da sua legitimidade e aceitabilidade, o desconhecimento pelas demais testemunhas do que a primeira diz, e assim generalizadamente quanto a todas. O que uma testemunha afirmou não deve ser de conhecimento das demais enquanto aquelas não se pronunciam. Essa regra moral técnica, e que nem sempre merece o cuidado necessário pela Administração, é fundamental para a boa condução do processo e insuspeição da prova testemunhal, razão por que deve ser observada sempre, na melhor técnica, pelas autoridades administrativas envolvidas.

O § 2º do artigo esclarece por que devem ser separados os depoimentos: quando forem contraditórios ou conflitantes entre si, um renegando o outro,

farão exigir acareação entre os depoentes, ou seja, confrontação pessoal, face a face, procedida pela Administração, para que desse embate a autoridade julgadora obtenha elementos de convicção.

II

Ainda que a L. 8.112 não o preveja, é por certo aplicável ao processo administrativo, como meio legítimo de o acusado exercer sua ampla defesa, o § 1º do art. 414 do Código de Processo Civil, que garante à parte contraditar testemunhas, arguindo-lhes incapacidade, impedimento ou suspeição. Esse direito deve efetivamente ser garantido ao acusado pela Administração, mesmo no processo disciplinar.

Do exame da contradita porventura apresentada, e do seu confronto com o depoimento testemunhal, maiores elementos de convicção serão muito provavelmente granjeados ao processo, em prol da melhor instrução.

A propósito deste tema *ampla defesa*, aliás, é necessário lembrar que praticamente toda a legislação processual, civil ou penal, sempre que cabível no processo administrativo, precisa ser observada, uma vez que indica e fornece instrumentos para que o acusado exerça a sua defesa como a Constituição lhe garante.

Não é, portanto, porque a L. 8.112 não elenca um rol imenso de dispositivos processuais, o que não lhe seria um papel razoável, que poderá a Administração furtá-los ou indeferi-los ao indiciado em processo administrativo, sempre que requeridos tempestiva e regularmente.

Art. 159. Concluída a inquirição das testemunhas, a comissão promoverá o interrogatório do acusado, observados os procedimentos previstos nos arts. 157 e 158.

§ 1º No caso de mais de um acusado, cada um deles será ouvido separadamente, e sempre que divergirem em suas declarações sobre fatos

ou circunstâncias, será promovida a acareação entre eles.

§ 2º O procurador do acusado poderá assistir ao interrogatório, bem como à inquirição das testemunhas, sendo-lhe vedado interferir nas perguntas e respostas, facultando-se-lhe, porém, reinquiri-las, por intermédio do presidente da comissão.

Estabelece este artigo a ordem em que serão ouvidos os depoimentos, tanto das testemunhas quanto do acusado: primeiro se ouvem todas as testemunhas, e em seguida se toma o depoimento do acusado. Tal observância prestigia o princípio da ampla defesa, uma vez que é sempre mais razoável que a defesa fale por último, carecendo mesmo de sentido, hoje em dia, inverter essa ordem. Enquanto existir alguma testemunha para depor, portanto, não se tomará oficialmente o depoimento do acusado.

No § 1º se estabelece que, se houver mais de um indiciado, cada qual será ouvido separadamente, e se promoverá a acareação entre eles caso seus depoimentos divirjam sobre matéria de fato. Compreende-se a necessidade de tal correto procedimento, uma vez que o que a comissão apura é, com efeito, se certos fatos aconteceram em verdade; sem estar convencida de que os fatos foram *x* ou *y*, e não *z*, não poderá evidentemente a comissão opinar legitimamente nem pela condenação nem pela absolvição do acusado. Para isso a acareação, que é o confronto pessoal de duas pessoas, que antes se contradisseram.

O § 2º traduz outra regra processual clássica, própria das audiências judiciais: a de que o advogado do indiciado pode assistir ao interrogatório de quem quer que fale no processo, seja o seu próprio constituinte, seja qualquer testemunha arrolada pelas partes. É-lhe vedado entretanto perguntar diretamente, ou interferir nas perguntas. Qualquer indagação que o advogado tenha a fazer, deverá dirigi-la ao presidente da comissão, que a transmitirá a quem de direito.

Pode o advogado, naturalmente, exigir que tudo quanto seja perguntado e

afirmado conste com toda a exatidão das atas que se lavrem dos interrogatórios, e isso é importante frisar, sabendo-se que muita vez as comissões processantes desprezam a exatidão absoluta das transcrições de depoimentos, por razões de tempo ou mesmo por não considerarem tão importante a literalidade plena.

Nesse sentido, pode o procurador exigir modificações e retificações na ata, pois apenas o que deve constar da ata, e com isso do processo, poderá ser utilizado tanto pela defesa quanto pela comissão, e pela autoridade julgadora. O que foi dito mas não passou a integrar os autos tem-se, para fins processuais, como inexistente. Conhece-se o adágio segundo o qual o que não está nos autos não está no mundo, não existe no processo.

A esse propósito insista-se: mesmo fatos notórios, daqueles que inexigem demonstração, para poderem produzir algum efeito nos autos precisam aí estar contidos, sob qualquer forma documental.

Admitem-se nesse sentido recortes de jornal, fitas de áudio ou de vídeo gravadas de programas televisivos ou radiofônicos, *e-mails* e comunicações as mais diversas, frutos da moderna tecnologia que não parece encontrar limites em nada; depoimentos de populares ou quaisquer outros meios. Sem essa necessária juntada aos autos do registro do fato notório acontecido, ele não poderá ser invocado no processo, contra ou a favor de ninguém.

Por fim, tenha-se sempre presente que, conforme foi comentado quanto ao art. 156, a presença de defensor advogado em todas as fases do processo é, a teor da Súmula n. 343 do STJ, um pressuposto da validade do processo disciplinar. Desse modo, o “poderá”, constante do § 2º, quase se converte em uma obrigação formal do advogado defensor, que dificilmente, a esta altura do entendimento jurisprudencial, poderá esquivar-se de presenciar o interrogatório do servidor acusado, seu cliente.

Art. 160. Quando houver dúvida sobre a sanidade mental do acusado, a comissão proporá à autoridade competente que ele seja submetido a

exame por junta médica oficial, da qual participe pelo menos um médico psiquiatra.

Parágrafo único. O incidente de sanidade mental será processado em auto apartado e apenso ao processo principal, após a expedição do laudo pericial.

Cuida este artigo da hipótese de ser insano mentalmente o acusado, ou daquela de se duvidar da sua sanidade mental. Neste caso a comissão processante precisará indicar à autoridade competente o fato, requerendo exame de sanidade mental por junta médica oficial da qual participe ao menos um médico psiquiatra. Procedido o requerimento, evidentemente não pode prosseguir o processo sem o seu atendimento, dele não se podendo furtar a autoridade requerida.

Nem tem sentido que assim não seja, sabendo-se que os loucos ou os perturbados mentais são inimputáveis criminalmente e, mesmo no plano administrativo, não podem permanecer a serviço da Administração. Servidores atacados de insanidade mental serão aposentados por invalidez, na forma da própria L. 8.112, art. 186, I e § 1º. Servidor insano mentalmente, passível de aposentação, não pode ser objeto de penalização, quer administrativa, quer, como se sabe, civil ou penal.

Apenas junta médica oficial poderá atestar a insanidade do servidor, não se aceitando, como parece de óbvia conclusão, que o atestado de insanidade se origine de médico particular, que o forneça ao acusado ou a seu representante.

Qualquer atestado dessa natureza servirá tão só como prova a favor do acusado, devendo nesse caso a Administração submeter o mesmo indiciado ao exame referido neste artigo, por junta médica oficial que confirme ou desminta o atestado carreado aos autos. Valerá sempre o laudo oficial, independentemente de sua conformidade ou desconformidade com aquele obtido particularmente.

E, porque o que não está nos autos não está no mundo, o parágrafo único

deste artigo manda corretamente que um incidente de sanidade mental fique em apenso ao processo principal, ainda que sendo processado em auto apartado. O apartamento do auto de insanidade se justifica em razão da natureza até mesmo surpreendente que possui, em confronto com a matéria burocrática e administrativa que compõe o processo principal.

O laudo pericial a que se refere a parte final do parágrafo, por fim, é aquele expendido pela junta médica oficial, como resultado dos exames procedidos na pessoa do acusado.

Art. 161. Tipificada a infração disciplinar, será formulada a indiciação do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas.

§ 1º O indiciado será citado por mandado expedido pelo presidente da comissão para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias, assegurando-se-lhe vista do processo na repartição.

§ 2º Havendo 2 (dois) ou mais indiciados, o prazo será comum e de 20 (vinte) dias.

§ 3º O prazo de defesa poderá ser prorrogado pelo dobro, para diligências reputadas indispensáveis.

§ 4º No caso de recusa do indiciado em apor o ciente na cópia da citação, o prazo para defesa contar-se-á da data declarada, em termo próprio, pelo membro da comissão que fez a citação, com a assinatura de 2 (duas) testemunhas.

Tenha ou não existido sindicância, se pela instrução processual a Administração entender tipificada alguma infração disciplinar, então enquadrará formalmente o servidor no tipo infracional correspondente, indicando os dispositivos da L. 8.112 infringidos, especificando com toda minúcia os fatos imputados ao servidor e declinando, a partir daí, as provas que pode colher

daquele cometimento.

É sumamente importante que não se negligencie na estrita observância de todos esses requisitos acusatórios, pois outra vez se recorda que o direito constitucional à ampla defesa do acusado pode ser sempre invocado para nulificar o processo que não observe o *due process of law* (devido processo legal).

Prevê o § 1º que o indiciado será citado por mandado expedido pelo presidente da comissão para apresentar defesa escrita em dez dias, assegurando-se-lhe vista do processo, na repartição. A atitude da Administração será entretanto inconstitucional se pretender resumir algum meio de defesa, ainda não requerido pelo indiciado, a essa simples defesa escrita no prazo de dez dias.

Independentemente do que preveja a lei, o fato é que o mais completo contraditório e a mais plena defesa precisam sempre estar garantidos aos indiciados em processo administrativo.

É de recomendar, portanto, às autoridades que componham a comissão, sobretudo ao seu presidente, que não se atenham estritamente aos termos da L. 8.112 para somente admitir os meios de defesa por acaso aí previstos, uma vez que, demonstrando o indiciado que lhe foi cerceada a ampla defesa constitucional, quase certamente ele obterá a nulificação, às vezes, de todo o procedimento punitivo. Desnecessário enfatizar o prejuízo material, funcional e financeiro, e o desgaste moral, que tal ocorrência acarretará à Administração.

Se houver mais de um indiciado, o prazo para aquela defesa prévia, que conforme visto não deve ser considerada como esgotando todos os meios de defesa postos à disposição do indiciado, é dobrado: vinte dias. Como a L. 8.112 não previu, nunca, dias úteis, são também aqui corridos os dias mencionados.

O § 3º, este sim, prestigia o princípio da ampla defesa, já que expressamente admite à Administração, a seu juízo, prorrogar regularmente, dobrando-os, os prazos de defesa previstos nos parágrafos anteriores, desde que existam diligências julgadas indispensáveis para a elucidação de algum ponto obscuro.

O fato é que, embora meritório esse dispositivo, pode revelar-se insuficiente até um prazo de quarenta dias para a efetuação de certas diligências, às vezes a exigir a presença de pessoas ausentes, ou a execução de dificílimas operações. Não será, entretanto, nem mesmo o prazo dobrado, aqui previsto, capaz de ser considerado suficiente ao conceito de ampla defesa que a Constituição fornece.

Até mesmo quarenta dias poderão eventualmente provar os indiciados serem insuficientes. Restará, nesse caso, à comissão processante o dilema: cumprir a lei ou ver seu procedimento, todo, eventualmente anulado por decisão judicial. Sobre a lei, é evidente, predomina a Constituição.

O § 4º cuida de assunto puramente procedimental, estabelecendo de que modo a Administração poderá considerar cientificado o indiciado que se recuse a apor ciência na cópia da citação. Recomenda-se que, neste caso, as duas testemunhas da cientificação não sejam membros da comissão, uma vez que esta, representando a Administração, é parte neste processo, o acusador, podendo naquela hipótese ser eventualmente pechada de suspeita.

Sendo estranhas à comissão as testemunhas, indica-se o cuidado de se colherem os dados particulares de cada qual delas, como o nome completo, endereço, telefone, local onde possam ser encontradas.

Art. 162. O indiciado que mudar de residência fica obrigado a comunicar à comissão o lugar onde poderá ser encontrado.

Aqui a L. 8.112 obriga qualquer indiciado em processo administrativo a comunicar à comissão processante seu novo domicílio, ou local onde possa ser encontrado. O evidente objetivo desta disposição é possibilitar à comissão manter-se informada de onde possa encontrar o servidor indiciado, evitando com isso que por simples evasiva deste se escoe o prazo legal para a conclusão do procedimento.

Caso o servidor descumpra essa ordem, tal fato poderá ou ser acrescido ao processo como agravante da irregularidade imputada, ou mesmo ser objeto de novo procedimento administrativo, por descumprimento a este art. 162.

Art. 163. Achando-se o indiciado em lugar incerto e não sabido, será citado por edital, publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação na localidade do último domicílio conhecido, para apresentar defesa.

Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, o prazo para defesa será de 15 (quinze) dias a partir da última publicação do edital.

Independentemente do disposto no artigo anterior, pode ocorrer que o servidor indiciado se encontre em local incerto, desconhecido, sem ter mudado de domicílio. Não será caso, assim, a teor do art. 162, de comunicar a Administração.

Ocorre, porém, que, devendo o processo continuar, precisará ser citado o indiciado, por alguma forma, e essa forma é a publicação no *Diário Oficial da União*, e também em jornal de grande circulação na localidade do último domicílio conhecido do servidor, tudo isso para que apresente a defesa a que se refere o art. 161. Nessa hipótese, em vez de quinze ou vinte dias o prazo para aquela defesa, será ele de quinze dias a partir — diz a lei — da última publicação do edital.

Várias deficiências técnicas apresenta este artigo.

Primeira: dificilmente, em ocorrendo a hipótese da citação por edital, será compatível o prazo deste artigo, quinze dias, com aquele previsto no art. 152, de sessenta dias, prorrogáveis por outros sessenta, para a conclusão do processo. Mesmo sendo considerado revel o indiciado, na forma do art. 164, levando-se em conta a lamentável e tradicional morosidade da Administração em casos semelhantes, tem-se que ela dificilmente conseguirá concluir o processo no

prazo que lhe assina o art. 152 da L. 8.112.

Segunda: menciona o parágrafo único deste artigo “última publicação”, sem antes ter indicado quantas são exigidas. A L. 8.112 não determina quantas vezes precisa ser publicado o edital de citação do servidor indiciado que se acha em lugar incerto, porém subitamente estabelece que apenas a partir da última publicação é que será contado o prazo para apresentação de defesa. Serão necessárias duas? Dezessete publicações?

Custa crer que detalhe tão importante possa ter simplesmente passado ao largo da atenção do legislador. Trata-se de falha primária, inaceitável sob qualquer título e que pode ensejar na prática maiores transtornos do que a própria lei, no seu bojo inteiro, seguramente irá provocar para o regular processamento de qualquer servidor por ela regido.

Terceira: a L. 8.112 é mais benéfica com o indiciado que se evade apenas para não ser citado, dando-lhe prazo de quinze dias para apresentar defesa, do que com o réu que se mantém em local conhecido pela Administração, ao qual confere prazo menor, de dez dias! Compensa, para o indiciado, nesse caso, evadir-se, pois em circunstâncias normais poderá valer-se de até um mês de prazo para defender-se!

E, considerando-se que o fato de se encontrar ausente não interrompe nem suspende o prazo previsto no art. 152 para conclusão do processo, pouco inteligente será o indiciado que não se valer desse absurdo privilegiamento...

Outra vez, em nosso país, se observa a triste regra: é preferível ser omisso, fraudulento, descumpridor da obrigação, impontual, porque a esses o manto protetor da lei é muito mais perceptível. Mas a culpa não é de todo do legislador administrativista federal, já que o próprio Código de Processo Civil, no art. 232, fornece a inspiração deste péssimo momento do estatuto federal; apenas que, neste último, a técnica foi dividida por dez.

Art. 164. Considerar-se-á revel o indiciado que, regularmente citado, não apresentar defesa no prazo legal.

§ 1º A revelia será declarada, por termo, nos autos do processo e devolverá o prazo para a defesa.

§ 2º Para defender o indiciado revel, a autoridade instauradora do processo designará um servidor como defensor dativo, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. (§ 2º com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

Cuida este artigo da revelia, que é a ausência de defesa pelo indiciado, dentro do prazo. Revel é quem não se defende dentro do prazo que lhe é assinalado pela lei, devendo tal condição ser declarada expressamente nos autos do processo para o fim de devolver o prazo à defesa, ou seja, para restaurar, restabelecer, renovar, reabrir todo o prazo para que a defesa, que não houve, seja agora produzida.

A partir da data da declaração de revelia, nos autos do processo, reabre-se o prazo de dez dias, previsto no § 1º do art. 161, para que seja então produzida a defesa, na forma do § 2º deste artigo, por um servidor federal necessariamente ocupante de cargo efetivo e não apenas detentor de uma situação em comissão, que é designado defensor dativo.

Esse servidor deverá ocupar cargo de nível igual ou superior ao do indiciado; agora, após a Lei n. 9.527/97, caso seja impossível ao órgão interessado indicar esse servidor, permite a lei que o defensor dativo simplesmente detenha o mesmo nível de escolaridade do indiciado que vai defender, mesmo que em face de seu cargo não a utilize.

Por mesmo nível de escolaridade há de se entender, na forma da repartição constitucional e legal dos níveis de ensino ou de educação, que ambos, defensor e indiciado, pertençam ao nível médio, ou ao nível superior, não sendo exigível

identidade de carreiras profissionais entre defensor e indiciado. Deixa-se de mencionar o nível básico de educação, sobretudo em se tratando da Administração federal, pela sua evidente insuficiência e impropriedade para essa hipótese, já que é dificilmente concebível um defensor dativo com escolaridade primária.

Aqui não se acusa a L. 8.112 de protecionista em relação ao revel, uma vez que até na configuração da ampla defesa se insere a necessidade de defesa escrita expressa. Não tendo ela acontecido no prazo, precisa agora ser produzida, ainda que se protelando aquele prazo. Sabe-se, por outro lado, que servidores, apenas por terem nível igual ou superior ao do indiciado, não serão necessariamente bons advogados, podendo mesmo revelar-se os piores desfavorecedores do colega acusado, cujo papel seria defender.

A solução encontrada pela lei, muito comum até mesmo no processo judicial e invariavelmente adotada nas leis sobre processo administrativo, foi a única julgada cabível pelo legislador, algo como um último e desesperado recurso, ou recurso “de afogado”, como o denomina o jargão forense.

Toda essa regra de nomeação de colega para defendê-lo apenas é aplicável, evidentemente, se o indiciado não tiver advogado regularmente constituído nos autos, pois, se o tiver, será sempre o advogado, e nunca o indiciado, quem receberá as citações, intimações e notificações, ou quaisquer outras formas de comunicação dos atos processuais. Todo advogado constituído em processo administrativo tem, também, essas garantias.

A lei cuida aqui, seguramente, daqueles servidores que não têm como constituir procuradores, e se defendem como podem até esse momento do desenrolar do processo. Sabe-se, por outro lado, que a simples constituição de advogado nos autos não exime o servidor indiciado de comparecer pessoalmente a todas as audiências nas quais tiver de depor. O depoimento do acusado é sempre pessoal, na forma dos arts. 158 e, principalmente, 159 da L. 8.112.

Quanto ao fato de ser por vezes notória a dificuldade da Administração levar

a cabo processo disciplinar em face de dificuldades artificialmente engendradas pelo indiciado, decidiu interessantemente o STF no MS n. 22.755/SP, j. 12-3-1998, Pleno: “Inexiste, em nosso sistema jurídico, dispositivo legal que tenha por inviável a punição de infração disciplinar se a sua apuração somente se tornou possível após o sucessivo fracasso de quatro comissões de inquérito em concluir o seu trabalho no prazo de lei.

Também não comprometeu o processo o fato de nele haverem sido convalidados atos de importância secundária praticados em processo anterior, renovando-se os essenciais, como a citação, a inquirição das testemunhas, o indiciamento, o interrogatório, a defesa e o relatório; nem a circunstância de haver o acusado, à falta de constituição de advogado para o mister, sido defendido por servidores do mesmo órgão (art. 164, § 2º, da Lei n. 8.112/90). Vedação legal do exercício do comércio ao servidor público, infração insuscetível de ser relevada à alegação de ignorância, mormente em se tratando de bacharel em direito. Irrelevância da posterior absolvição criminal do impetrante, tendo em vista o princípio da independência das instâncias, notadamente quando se deu ela por insuficiência de Mandado de segurança indeferido”.

Art. 165. Apreciada a defesa, a comissão elaborará relatório minucioso, onde resumirá as peças principais dos autos e mencionará as provas em que se baseou para formar a sua convicção.

§ 1º O relatório será sempre conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor.

§ 2º Reconhecida a responsabilidade do servidor, a comissão indicará o dispositivo legal ou regulamentar transgredido, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes.

I

Uma vez entregue a defesa, procedida pelo próprio indiciado, por seu advogado ou pelo defensor dativo, fornecido pela Administração e que pode ser ou não ser advogado de profissão, deve a comissão confrontar os seus termos com o que conhece, segundo os autos, da realidade havida. Desse confronto, que deve ser detido, minucioso, imparcial, atento, precisará a comissão concluir, em um relatório, sobre a inocência ou a efetiva culpabilidade do servidor indiciado.

A peça apresentada pela comissão consiste em dois momentos bem distintos: o primeiro é o relatório dos fatos até então acontecidos. Este será frio, e simplesmente se reportará a todas as etapas percorridas, mencionando obrigatoriamente as peças principais constantes dos autos e as provas colhidas no seu bojo.

O segundo momento importante da peça final apresentada pela comissão é o julgamento que realiza acerca da culpabilidade do servidor. Esse julgamento não é definitivo para o indiciado, mas apenas traduz a convicção final dos membros da comissão, que confrontou todos os atos e os fatos trazidos ao processo, e, a final, concluiu necessariamente no sentido da inocência ou da culpabilidade do servidor. Não pode a comissão, quanto a isso, deixar de opinar.

A comissão decide sempre por maioria de votos, não precisando ser unânime, como nos júris norte-americanos, a sua decisão. A boa técnica recomenda que o voto vencido, nas raras hipóteses em que acontece, seja declarado e fundamentado, tudo para contribuir para o melhor esclarecimento da verdadeira autoridade julgadora, que é superior à comissão. Esta última, sim, proferirá, conforme se irá observar, decisão que poderá alterar a situação jurídica do acusado.

Todos os membros da comissão devem votar na decisão que dela proceda, não podendo membro algum omitir-se, nem deixar de assinar o respectivo termo. Tal consistiria numa irregularidade tendente até mesmo a suscitar incidentes nulificantes da decisão, se suscitados em juízo.

II

É relativamente comum ocorrer de a comissão, na condução do processo, convencer-se de que existe alguma culpabilidade do indiciado, mais leve entretanto que a acusação, e, portanto, ensejadora de enquadramento infracional menos gravoso.

O que não está nos autos, como é cediço, não está no mundo, muito menos no âmbito de competência da comissão; ela não pode opinar senão pelo apenamento do indiciado segundo o "tipo" em que foi enquadrado no processo, ou pela sua absolvição conforme o mesmo tipo. É impensável a hipótese de a comissão, constatando grave ou leve demais o enquadramento originário, reenquadrar o servidor em tipo diverso, conforme lhe pareça mais justo.

Deve ela opinar, isto sim, tão logo se convença do erro naquele enquadramento, pelo reenquadramento, a ser procedido pela autoridade superior, no tipo correto, reabrindo-se toda a fase de comunicação ao indiciado, e, se por ele desejado, toda a defesa, tal qual se tratasse de novo processo. É que tais repetições de fases nem sempre se revelam necessárias, pois pode ter acontecido, exatamente em razão da defesa apresentada, o novo convencimento da comissão. Só pode a comissão, assim, opinar pela alteração, mas nunca, ela própria, a ela proceder em seu nome.

Caso a hipótese ocorra, e seja indeferida pela autoridade a indicação de reenquadramento, à comissão restará tão só, em seu relatório final, opinar pela absolvição do indiciado, se o tipo por que foi processado não corresponder à verdade apurada, e ainda que mais grave haja sido o cometimento. Ocorre, simplesmente, que ninguém pode ser punido pelo que não praticou, ainda que tenha feito algo pior.

Art. 166. O processo disciplinar, com o relatório da comissão, será remetido à autoridade que determinou a sua instauração, para

julgamento.

Após toda a fase abrangida pelo artigo anterior, com a peça final da comissão (mal denominada relatório, pois este constitui apenas o início da peça inteira), deve esta fazer subir à mesma autoridade que determinou a instauração do processo os autos em questão, para que, no prazo legal, profira seu julgamento.

Observe-se que a L. 8.112 não fixou prazo para que a comissão encaminhe todo o processo, com sua informação, para a autoridade julgadora. Deve ela ater-se sempre, entretanto, ao prazo máximo para encerramento de todo o processo, fixado no art. 152.

Seção II

DO JULGAMENTO

Art. 167. No prazo de 20 (vinte) dias, contados do recebimento do processo, a autoridade julgadora proferirá a sua decisão.

§ 1º Se a penalidade a ser aplicada exceder a alçada da autoridade instauradora do processo, este será encaminhado à autoridade competente, que decidirá em igual prazo.

§ 2º Havendo mais de um indiciado e diversidade de sanções, o julgamento caberá à autoridade competente para a imposição da pena mais grave.

§ 3º Se a penalidade prevista for a demissão ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade, o julgamento caberá às autoridades de que trata o inciso I do art. 141.

§ 4º Reconhecida pela comissão a inocência do servidor, a autoridade instauradora do processo determinará o seu arquivamento, salvo se flagrantemente contrária à prova dos autos. (§ 4º incluído pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

I

Neste artigo se fixa o prazo para a autoridade julgadora proferir sua decisão, que é de vinte dias. Reitera-se a inquietante dúvida: serão suficientes cento e vinte dias para a Administração federal concluir algum processo administrativo, considerando todos esses prazos ultimamente vistos, e tendo em vista o limite máximo já prorrogado, constante do art. 152?

Conhecendo-se a prática administrativa, parece dificilmente exequível todo um amplo processo disciplinar no prazo de cento e vinte dias. Deve-se iterar que, vencidos aqueles cento e vinte dias sem a conclusão do processo, nascerá direito líquido e certo, para o indiciado, ao arquivamento do mesmo expediente, por exaurido o prazo legal para seu encerramento, ainda que o art. 169, § 1º, incompreensivelmente disponha em contrário, como se irá examinar.

Para proferir sua decisão, a autoridade levará em conta todos os elementos carreados ao processo: enquadramento, tipificação, provas de toda natureza, defesa, relatório e manifestação da comissão. De modo geral, a autoridade tem amplas razões para acatar o parecer da comissão, quer absolutório, quer condenatório, exatamente pelo conjunto probatório presente nos autos. Nesse caso será sobejamente simples seu trabalho, resumindo-se a um despacho de poucas linhas onde, fazendo suas as razões da comissão, acatará seu entendimento no sentido de absolver ou condenar o indiciado.

Quando, entretanto, precisar divergir, e essa é a matéria do artigo seguinte, não será tão simples seu procedimento, conforme se irá examinar.

Viu-se que a indicação da penalidade é procedida pela comissão à autoridade superior. De acordo com o apurado no processo, e a gravidade dos fatos acontecidos segundo ficou demonstrado, irá a comissão indicar uma pena ao indiciado, que poderá ser excessiva à competência da autoridade que mandou instaurar o processo.

O art. 141 dá a gradação daquelas competências, estabelecendo que apenas

as mais altas autoridades federais podem demitir ou cassar aposentadoria; para suspender por mais de trinta dias é necessário que a autoridade seja imediatamente inferior àquelas mencionadas no inc. I do art. 141, e assim por diante.

Se, então, um processo se iniciou visando cominar uma penalidade que afinal se revelou insuficiente, e a comissão indica outra, superior à alçada da autoridade instauradora do processo, o que contrariaria o art. 141 do estatuto, nesse caso a autoridade incompetente para aplicar aquela pena, se concordar com o relatório da comissão, encaminhará todo o expediente para a autoridade, sua superior, competente para aplicá-la segundo o art. 141. Transferir-se-á, assim, para esta última toda a responsabilidade de decidir o processo, disso se esquivando, nesse passo, a própria autoridade instauradora do expediente.

Deve-se, entretanto, ter sempre presente, conforme comentado anteriormente, que para a própria exequibilidade dessa penalização por tipo diverso do originário somente será ela legítima, no plano constitucional, se assegurar ao indiciado a mais completa defesa com relação à nova pena proposta, sempre que o for.

Não se concebe processar um servidor por determinada falta, punível com fundamento em dado dispositivo da L. 8.112, para, após colher defesa sobre esse exato enquadramento, penalizá-lo diferentemente do que o mesmo enquadramento permitia. Se a falta era *x*, e ensejava a pena *y*, só poderá ensejar a aplicação dessa pena se confirmada no curso do processo, mas nunca a pena *z*, se sobre esta última não houver produzido sua plena defesa o indiciado.

Apenas com semelhante cuidado se torna constitucional a aplicação do § 1º do art. 167.

II

O § 3º deste artigo é mero desmembramento, de resto absolutamente desnecessário, do § 1º.

O § 2º prevê a hipótese de haver mais de um indiciado, e mais de uma sanção cabíveis, sendo supostamente de diferentes graus, implicando diferentes competências punitivas. Neste caso, como é cediço em processo, deve a autoridade competente para aplicar a mais grave decidir também sobre a menos grave. Quem pode o mais pode o menos, ensina a regra conhecida, não sendo verdadeira a recíproca.

Problema poderá surgir quando um dos indiciados pertencer à repartição chefiada pela autoridade instauradora do processo e o outro, porventura, não, mas devendo por ela ser processado em razão da conexidade dos fatos infracionais. Entendendo a comissão que a pena deve ser maior do que aquela que poderia aplicar a autoridade instauradora do processo, e se, remetendo o processo à autoridade ainda superior, caso esta se situe fora do âmbito da repartição onde lotados os dois indiciados, teríamos a hipótese de uma autoridade absolutamente estranha aos indiciados a julgá-los.

Tal seria funcionalmente pouco técnico, mas parece ser uma necessidade da Administração em ocorrendo caso semelhante, ou de outro modo precisaria a lei apelar para soluções fracionadas do processo, incumbindo a uma autoridade julgar um indiciado, por exemplo, e a outra, julgar outro, dentro do mesmo processo. Como esse fracionamento não está em nenhum momento previsto na L. 8.112, forceja-se a solução do modo previsto no § 2º deste artigo, sempre com observância, entretanto, dos comentários anteriores sobre a ampla defesa.

O § 4º, introduzido pela Lei n. 9.527/97, prevê a hipótese de a comissão reconhecer a inocência do indiciado, informando que nesse caso a autoridade instauradora mandará arquivar os autos, a não ser que entenda manifestamente contrária à prova dos autos aquela convicção e aquela recomendação de arquivamento, expedidas pela comissão.

Como o relatório da comissão, seja pela condenação, seja pela absolvição do indiciado, jamais vincula a vontade da autoridade instauradora, esta dele pode sempre divergir, e julgar em sentido diverso.

É preciso reiterar porém que, além de essa *jurídica* possibilidade de divergência interinstâncias evidenciar absoluta incomunicação entre comissão e autoridade — fruto de desorganização, antiprofissionalismo e por vezes até incúria pela comissão, porque jamais pode a autoridade permanecer alheia a tudo o que aconteça no processo, informada como deve ser a todo tempo pela comissão —, sempre que ocorrer exigirá da autoridade a mais sólida fundamentação, que entenda superior àquela absolutória da comissão, ou de outro modo se esvazia e se desmoraliza por completo o papel técnico e institucional da comissão.

Art. 168. O julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos.

Parágrafo único. Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade.

Este artigo atribui plena capacidade à autoridade superior para divergir das conclusões da comissão processante, como de resto se viu no comentário ao artigo anterior. Pode sempre a autoridade, desde que motivadamente, julgar um indiciado de modo inteiramente diverso daquele apontado pela comissão, seja para abrandar a penalidade (para isentá-lo totalmente de culpa ou responsabilidade), seja para agravá-la, seja para modificá-la para outra — desde que a defesa haja sido produzida quanto ao fundamento da pena final.

Parece desnecessário enfatizar a imprescindibilidade da mais minuciosa justificativa, pela autoridade, de sua decisão que divirja da apontada pela comissão. O trabalho desta última se estendeu por meses, de modo exaustivo e supostamente correto, observando todas as fases do processo. Terá a comissão, com certeza, colhido elementos de valor probante maior ou menor, e do conjunto

das provas terá expedido sua orientação.

Assim, de duas uma: ou a autoridade superior demonstra exagero ou irregularidade em todo o trabalho da comissão, de que resultou entendimento equivalentemente equivocado, ou o acata sem maior transtorno. Insista-se em que para divergir precisará a autoridade apresentar fundamento mais convincente do que aquele que lhe chegou às mãos.

Existe direito subjetivo público a um julgamento imparcial, correto, contraditório, isento e processualmente idôneo para qualquer acusado. O servidor indiciado e condenado em processo administrativo que se demonstre incongruente em qualquer etapa, arrevesado, infundado, conflitante consigo mesmo, onde a instrução não conduz ao julgamento proferido, terá sempre direito a anulá-lo ou modificá-lo por intervenção judicial, em geral por mandado de segurança, mas também podendo ser escolhida a via ordinária, onde pleiteie o *due process of law*.

Com efeito, o direito ao devido processo legal, ainda que administrativo e não judicial, é uma das mais importantes garantias do cidadão, servidor ou não, mencionadas no inc. LV do art. 5º da Constituição Federal, ainda que para hipótese ligeiramente diversa. Ninguém questiona, entretanto, que o devido processo legal é um direito ínsito no contraditório e na ampla defesa, constitucionalmente assegurada ao cidadão até mesmo dentro de processo administrativo.

Apenas em não podendo a autoridade superior, julgadora, contrariar o resultado dos autos, materializado no parecer da comissão, deverá acatar aquelas indicações, indicando a pena a que condena o indiciado, desde que sobre esse enquadramento haja sido produzida defesa.

> *Art. 169. Verificada a ocorrência de vício insanável, a autoridade que determinou a instauração do processo ou outra de hierarquia superior declarará a sua nulidade, total ou parcial, e ordenará, no mesmo ato, a*

constituição de outra comissão para instauração de novo processo. (Caput com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

§ 1º O julgamento fora do prazo legal não implica nulidade do processo.

§ 2º A autoridade julgadora que der causa à prescrição de que trata o art. 142, § 2º, será responsabilizada na forma do Capítulo IV do Título IV.

I

Tendo sido alterado o *caput* pela Lei n. 9.527/97, é sabido em direito que a Administração pode revogar seus atos por conveniência e oportunidade, porém deve necessariamente anulá-los quando os reconheça viciados por nulidades que os tornem ilegítimos. Revogar é uma faculdade, enquanto anular é um dever. Nesse sentido existe até Súmula do Supremo Tribunal Federal, de n. 473, como de resto existe o art. 53 da lei do processo administrativo federal, e o art. 49 da lei nacional de licitações e contratos administrativos.

Com base nesta segurança, sempre que a autoridade julgadora defrontar com algum vício insanável no processo, precisará anulá-lo inteiro, se o vício espraiar-se de modo a comprometer todo o trabalho, ou parcialmente, se a irregularidade abranger apenas parte, substituível ou suprível, do processo. Neste caso, após a providência anulatória, ordenará a constituição de outra comissão, para instauração de novo processo — é o que diz a lei.

Mas pela nova redação do *caput* não é apenas a própria autoridade instauradora do processo a competente para anulá-lo total ou parcialmente e determinar a constituição de nova comissão, já que também outra autoridade, hierarquicamente superior àquela, pode fazê-lo. Trata-se de intervenção verdadeiramente *avocatória* no processo, que se dá quando alguma autoridade superior à instauradora se convence da existência de vício insanável em alguma fase do processo, e seja esse vício devido ao trabalho da comissão, seja devido ao julgamento pela autoridade instauradora — se e quando isso for possível

detectar a tempo da intervenção.

Parece ser a invariável determinação para constituição de nova comissão medida excessivamente austera e rigorosa, pois a comissão responsável pela nulidade total ou parcial do processo pode ter tão somente cometido erro escusável, ou ter sido vítima de caso fortuito, imprevisível, fora do alcance de sua vontade; nesta hipótese, será evidentemente injusto desconstituir quem não teve culpa no erro que cometeu, ou teve muito pouca culpa na pequena nulidade, de cunho fragmentário, que ensejou permitir, e que se pode refazer e corrigir sem necessidade de desautorizar todo o restante trabalho realizado.

Com todo efeito, e apesar do teor aparentemente imperativo do *caput*, não parece estar obrigada a autoridade, seja a instauradora, seja sua superior, a desconstituir uma comissão e constituir outra para refazer todo o trabalho, em novo processo, ainda que sobre as mesmas causas.

Deve a autoridade substituir a comissão, parece-nos, apenas quando denote traços inequívocos de má-fé, ou desonestidade de propósito, ou desvio de finalidade no trabalho que realizou, ou ainda por absoluto despreparo para a missão que lhe foi atribuída, ou algo tão grave quanto isso.

Não poderá ser, por exemplo, razão de elevada indagação processual, porventura escusavelmente descurada pelos membros da comissão, que ensejará a anulação administrativa do processo, suficiente como é, porém, para denegrir o trabalho da comissão, a ponto de ensejar sua completa substituição. Não existirá, então nesse caso, proporcionalidade entre causa e efeito.

II

O § 1º deste artigo parece outra brincadeira, de gosto tão duvidoso quanto todas as anteriormente divisadas nesta irregularíssima L. 8.112.

Pretende que o julgamento, que constitui a terceira fase do processo administrativo disciplinar, segundo o art. 151, deixe de sê-lo para efeito de permitir ao processo escapar do prazo máximo fixado no art. 152 para sua

conclusão. A teor do § 1º do art. 169, combinado com o inc. III do art. 151, e tendo em vista o art. 152, para efeito de composição do processo, o julgamento dele faz parte; para efeito de encerramento do processo, o julgamento dele não faz parte...

Isso somente pode denominar-se traquinagem jurídica, com vista a isentar as autoridades julgadoras, em geral de elevada hierarquia na Administração, do próprio rigor temporal da lei. Prazo, parece, é estabelecido para pequenos servidores, de baixa hierarquia, com pouca força política e nenhuma influência. Altas autoridades refogem ao rigor da lei: é a vergonhosa conclusão do intérprete deste incompreensível § 1º.

Pode, pelo que do referido parágrafo se depreende, a alta autoridade julgadora demorar-se dois anos, ou talvez vinte, antes de proferir o julgamento para o qual o art. 167 lhe conferiu apenas vinte dias. Caso a autoridade descumpra o último prazo para julgar, nem por isso se nulifica o processo. O servidor indiciado pode, a teor da lei, permanecer indefinidamente esperando um resultado, espera que lhe causa agonia, insônia e desespero.

Sem indagar da culpabilidade do servidor, o fato é que este § 1º nega todo o *caput* do art. 167, o inc. III do art. 151 e todo o art. 152. Contraria por inteiro a teoria do direito, pois faz pouco das mais comezinhas regras processuais, das quais a mais rudimentar é a do respeito aos prazos.

Se são insuficientes os prazos estabelecidos na própria L. 8.112, quer para o julgamento pela autoridade, quer para a conclusão de todo o processo, mude-os o legislador federal que lhe foi autor, mas não estabeleça a negação de tudo quanto foi antes estabelecido, numa regra que não tem o menor cabimento.

Observa-se que a simples aplicação do § 1º deste artigo poderá ensejar, para a Administração, as mais inesperadas decisões judiciais — as quais, se lhe forem desfavoráveis, merecerão nossa irrestrita aprovação.

Se os prazos legais não têm papel delimitador de direitos, então não fale a lei, jamais, em prazos, pois supostamente existem para ela assuntos mais sérios a

tratar e a disciplinar.

III

Elogiável disposição, por outro lado e em contraste, consta do § 2º do art. 169, ainda que se possa duvidar de que um dia será aplicada.

Manda a norma responsabilizar a autoridade julgadora que possibilitar a prescrição de qualquer processo disciplinar, e na forma dos arts. 121 a 126. Significa dizer que constitui falta, passível de responsabilização, o fato de qualquer autoridade deixar prescrever algum processo disciplinar por inação, inércia, desleixo no tocante ao procedimento punitivo.

Alardeia-se aos quatro ventos que o Brasil é o país da impunidade. Existe de longa data no meio da população uma descrença quase que absoluta quanto à efetiva responsabilização de autoridades públicas, a qual quase nunca o cidadão vê acontecer, afora muito especificamente no meio policial, onde de fato ocorre.

Deseja-se ardentemente que este § 2º seja praticado, pois bem se sabe o poder do exemplo dado, e que o conhecimento de dez punições justas e merecidas de autoridades relapsas no desempenho de seus cargos pode restaurar, de um momento para outro, toda a credibilidade no serviço público perdida cumulativa e crescentemente ao longo das últimas décadas.

Quanto à prova da prescrição, a cargo do indiciado, e também quanto ao julgamento fora do prazo mas que não determina a nulidade da decisão proferida, assim deliberou o STF no MS n. 22.827/MT, j. 13-8-1998, Pleno:

“Incumbe ao servidor comprovar a incidência do prazo prescricional previsto no artigo 142, inciso I, da Lei n. 8.112/90. Havendo nos autos duas versões, uma baseada no caráter notório dos fatos, e outra na existência de denúncia em tempo de afastar o quinquênio, tem-se como prevalecente esta última, isto considerada a via do mandado de segurança. *Processo administrativo — Julgamento — Dilação legal*. A teor do disposto no § 1º do artigo 169 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ‘o julgamento fora do prazo legal não implica nulidade no

processo’. Assim, o extravasamento do prazo de vinte dias previsto no artigo 167 da Lei n. 8.112/90 não revela irregularidade capaz de prejudicar a decisão”.

Confirma-se assim a letra da lei quanto a este último ponto, o que não se pode festejar, levando-se em conta o teor da matéria.

Art. 170. Extinta a punibilidade pela prescrição, a autoridade julgadora determinará o registro do fato nos assentamentos individuais do servidor.

Observou-se no comentário ao art. 142 que a instauração da sindicância ou do processo disciplinar interrompe o curso da prescrição. Iniciada a ação ou mesmo a sindicância, portanto, não mais se haverá de arguir prescrição do direito à mesma ação, contra a Administração.

Este artigo fixa que, conhecido um fato de natureza irregular atribuído a servidor, e não tendo sido ele sequer indiciado em sindicância, ou em processo, caso ocorra a prescrição da ação disciplinar correspondente, este fato, que indica desídia da autoridade responsável (conforme se denota do § 2º do art. 169), será registrado nos assentamentos individuais do servidor, que é, naturalmente, quem deveria ter sido sindicado ou processado e não foi, e não aquele desidioso que deveria tê-lo processado.

Parece estranho o dispositivo, uma vez que menciona “extinção de punibilidade”, e não se poderia referir a lei a algo assim senão para significar que algum servidor era passível de ser punido, e contra ele havia a possibilidade de punição.

Se existia, alguma grave falta deve ter cometido, mas esta falta, que afinal não ensejou sequer instauração de sindicância, enquanto não devidamente apurada pela Administração jamais pode ser registrada no assentamento do servidor supostamente irregular, por de fato inexistente sob o aspecto formal.

Como, então, anotar que foi extinta a punibilidade por prescrição de suposta falta cometida pelo servidor, *se essa falta não foi nem mesmo objeto de sindicância*? Como presumir culpa contra servidor, deixar de apurá-la e anotar em seu assentamento que em dado momento "extinguiu-se a punibilidade" daquele mesmo servidor, por prescrição?

A L. 8.112 traça aqui mais um grave descaminho até mesmo de ordem lógica, suscetível de reparação caso efetivamente praticado, inclusive, segundo parece, pela via do mandado de segurança: violação do direito líquido e certo de não ter assentamento funcional anotado por falta apenas suposta.

> *Art. 171. Quando a infração estiver capitulada como crime, o processo disciplinar será remetido ao Ministério Público para instauração da ação penal, ficando trasladado na repartição.*

Qualquer ação disciplinar contra servidor, por fato qualificado no Código Penal ou em lei penal como crime, quer contra a Administração, quer crime comum, precisará ser remetido ao Ministério Público federal para instauração, caso assim se convença aquela instituição, da respectiva ação penal. Essa remessa ficará sempre registrada na repartição de origem, e cópia dos autos remetidos permanecerá na Administração.

Outra vez a L. 8.112 emprega termo estranho, "trasladado", referindo-se ao processo disciplinar. Não se compreende como possa ser trasladado para a repartição um processo que nela teve origem; ou o legislador federal não conhece o significado do verbo "trasladar", que é, no dizer de Laudelino Freire**[69]**, transportar, mudar de um lugar para outro, ou passar-se, mudar-se. Como trasladar para a repartição um processo que nela nasceu, e ali se desenvolveu? O sentido lógico da ordem legal é que cópia do processo disciplinar remetido ao Ministério Público federal ficará sempre de posse da Administração. Mas não teria o menor sentido se assim não fosse.

Art. 172. O servidor que responder a processo disciplinar só poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, acaso aplicada.

Parágrafo único. Ocorrida a exoneração de que trata o parágrafo único, inciso I do art. 34, o ato será convertido em demissão, se for o caso.

Outro dispositivo defeituoso, que estabelece algumas restrições a direitos de servidores que respondam a processos disciplinares. Quando em curso processo disciplinar, o servidor somente poderá exonerar-se a pedido, diz a lei, após a sua conclusão, e após ter cumprido a pena acaso imposta. Até aqui não parece irregular o dispositivo, uma vez que a Administração pode sempre indeferir, momentaneamente, pedidos de exoneração voluntária, desde que para isso decline razão objetiva a justificá-lo.

O problema surge quanto à impossibilidade, pretendida pelo artigo, de que o servidor processado venha a aposentar-se voluntariamente, ainda no curso do processo. Visa o dispositivo impedir que o servidor processado escape ao rigor da lei apenas por aposentar-se, esquivando-se assim à penalidade acaso merecida.

Acontece que a Constituição Federal, no art. 40, assim como em ao menos *quatro* outras situações após a EC n. 47/2005 (*1ª* — art. 40 anterior à EC n. 20/98; *2ª* — art. 2º da EC n. 41/2003; *3ª* — art. 6º da mesma EC; e *4ª* — art. 3º da EC n. 47/2005), assegurou a todo servidor público o direito de, querendo, e tendo implementado a condição ali estabelecida, aposentar-se. Trata-se de uma garantia absoluta, dada pela Constituição, que não admite restrição senão pela própria Lei Maior, sendo de todo inaceitável que venha a existir em lei ordinária, como a L. 8.112.

Desse modo, parece ferir a Carta Magna a proibição, intentada por este artigo, de aposentação voluntária do servidor em curso de processo. Querendo

aposentar-se, pode fazê-lo, e a Administração precisa deferir-lhe a aposentadoria.

Se do processo em curso resultar um julgamento condenatório ao servidor, providencie a Administração por meios legítimos — os que acaso existirem — que o aposentado retorne à atividade para cumprir a pena, ou de alguma outra forma obrigue-o a cumpri-la, porém jamais prejudique seu direito constitucional de aposentar-se satisfeitas tão só as condições constitucionais. Não lhe retire portanto a lei um direito que a Constituição lhe assegurou na sua plenitude.

O parágrafo único ainda indica uma hipótese de solução possível para sanar a dificuldade encontrada eventualmente pela Administração para fazer retornar o servidor, de sua aposentadoria, a fim de cumprir penalidade: é a hipótese do servidor exonerado que, sendo processado, é condenado à demissão. Neste caso, o dispositivo autoriza a Administração a, unilateralmente, converter em demissão o ato anterior de exoneração voluntária.

A hipótese, apesar de plenamente aceitável, na prática é pouco encontradiça, uma vez que não é comum processo disciplinar instaurado contra servidor em comissão, sobretudo em se tratando de acusações de lesão patrimonial contra o Estado.

Nada de irregular parece conter esta disposição, dela podendo insurgir-se o servidor apenas na via judicial, com remota possibilidade de êxito. Problema existe, isto sim, e repetimos, quanto ao cerceamento ao direito constitucional de aposentação voluntária, que é constitucionalmente dado a todo servidor público, restrição essa que a L. 8.112 pretende impor ao servidor em curso de processo.

Art. 173. Serão assegurados transporte e diárias:

I - ao servidor convocado para prestar depoimento fora da sede de sua repartição na condição de testemunha, denunciado ou indiciado;

II - aos membros da comissão e ao secretário, quando obrigados a se deslocarem da sede dos trabalhos para a realização de missão essencial ao esclarecimento dos fatos.

Artigo que talvez melhor conviesse ao Capítulo II da L. 8.112, garante ao servidor federal transporte e diárias, sempre que convocado para depor fora da sede de sua repartição, quer como testemunha, quer como denunciado, quer como indiciado; também merecem transporte e diárias os membros e os secretários das comissões processantes, desde que obrigados a se deslocar da sede de trabalho em função própria da comissão.

Sempre que ocorra a hipótese, portanto, beneficiando-se tanto o servidor convocado para depor quanto os membros da comissão e o secretário, poderão estes requerer à Administração aquelas vantagens previstas no *caput*.

As diárias serão concedidas com base nos arts. 58 e 59, e o transporte, salvo disposição regulamentar local diversa, na forma do art. 60, através de indenização.

Ressalve-se que a Administração poderá conceder, ela mesma, transporte oficial para os servidores a que se refere o artigo, podendo valer-se também do direito a simplesmente indenizar o transporte efetuado pelos próprios servidores envolvidos, por seus meios.

Decidiu o STJ a respeito do pagamento intempestivo de diárias, e do acréscimo que esse atraso faz incidir, o seguinte: “O servidor designado para prestar serviços fora do local de lotação tem direito ao pagamento de diárias, nos termos do art. 58 da Lei n. 8.112/90, que não se confunde com a ajuda de custo, prevista no art. 36 do Estatuto dos servidores, que no caso, só é devida a partir do momento da remoção do servidor para o novo local de trabalho. (...) Em se tratando de dívidas de natureza alimentar devidas pela Administração aos servidores, os juros moratórios deverão ser fixados no percentual de 1% (um por cento) ao mês” (REsp n. 535.132-SC, 5ª Turma, *DJ*, 17-11-2003).

Seção III

DA REVISÃO DO PROCESSO

Art. 174. O processo disciplinar poderá ser revisto, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada.

§ 1º Em caso de falecimento, ausência ou desaparecimento do servidor, qualquer pessoa da família poderá requerer a revisão do processo.

§ 2º No caso de incapacidade mental do servidor, a revisão será requerida pelo respectivo curador.

I

Não deixa de ser profundamente estranhável que a revisão do processo administrativo, evidentemente aquele que condenou servidor a alguma penalidade, possa ser pedida a qualquer tempo, talvez cem anos após a condenação, pelo tetraneto do servidor condenado. Como, entretanto, existem sempre ao menos não direitos patrimoniais mas direitos *morais* a serem restaurados, estes, pelo menos, justificam existir a indeterminação de prazo para o pedido revisional, inobstante a estranheza essencial da ideia.

O único motivo ensejador de pedido revisional de processo, que já constava do antigo estatuto dos funcionários, é a ocorrência de fatos novos ou de circunstâncias capazes de demonstrar a inocência do punido, ou ainda a inadequação da penalidade aplicada.

Trata-se, como se percebe, de uma tríplice plêiade de fundamentos: fato novo é aquele referido no art. 462 do Código de Processo Civil, e tem sentido preciso em direito, como o daquele fato desconhecido à ocasião do processo, ou do julgamento, capaz de, caso houvesse sido conhecido, orientar de outro modo o julgamento. As circunstâncias a que se refere o artigo, no seu *caput*, podem não constituir fatos novos, mas simples rotinas ou procedimentos, inadequados

quando do processo, que se de outro modo fossem praticados poderiam igualmente modificar a decisão afinal proferida.

Cabe ainda, como fundamento do pedido revisional, a demonstração da inadequação da pena, ou seja, o excessivo rigor na penalização aplicada. Supõe-se que ninguém irá pedir revisão de processo para agravar qualquer penalidade; o excesso no direito é injusto, como se sabe, constituindo mesmo, às vezes, no plano moral, maior injustiça punir alguém, por fato leve, com excesso de rigor, que deixar de puni-lo.

O § 1º do artigo confere direito a sucessor ou familiar do servidor condenado, já falecido, para requerer a revisão daquele processo que o condenou. Trata-se na maior parte das vezes de direito puramente moral a ser tutelado, porém nem sempre, visto que podem estar envolvidos direitos pecuniários, como de recebimento de pensão ou outros, negados em razão da demissão aplicada ao servidor processado.

Se, num exemplo assim, converter-se, pela via da revisão processual, a demissão em mera suspensão, pode-se ter o caso de ser devida aposentadoria aos dependentes legais do servidor falecido. O direito, aqui, não é apenas moral, revestindo-se de importância material.

Ocorrendo superveniente incapacitação mental do servidor penalizado em qualquer processo administrativo anterior, pode um curador, oficialmente investido nessa função, requerer a respectiva revisão processual. Os efeitos, então, são todos aqueles oriundos da conversão, para menor, da pena aplicada, ou mesmo os da eliminação da pena, de seu cancelamento.

II

Observar-se-á, quando do exame ao art. 177, que não é obrigação da Administração conceder a revisão, mas faculdade discricionária, deferível apenas a juízo de Ministro de Estado, ou autoridade, equivalente dentro do possível, nos demais Poderes e entidades, a que estiver sujeito o requerente,

conforme entenda esta existirem ou não os motivos previstos no art. 174, *caput*, para justificá-la.

Não existe, portanto, direito líquido e certo, em favor de nenhum servidor, à revisão processual; o exame de sua admissibilidade cabe à autoridade.

III

Na revisão processual pode ser pedida atenuação da pena aplicada, ou o seu completo cancelamento. Deve-se demonstrar, em qualquer caso, quão indevida resultou a penalidade imposta ao servidor requerente.

Seja como for, deferida a revisão, e provida, todos os efeitos financeiros em favor do servidor precisarão ser suportados pela Administração. Exemplificando, se uma suspensão de sessenta dias, aplicada num processo disciplinar, foi cancelada em revisão processual, o pagamento, devidamente corrigido, dos vencimentos ocorridos durante a suspensão será devido ao servidor.

Assim como essa reparação patrimonial é devida, outros possíveis efeitos, não financeiros, porém relativos a reparações morais e à correção de assentamentos, precisam necessariamente, sempre que provida a revisão processual, ser procedidos pela Administração. A reparação dos efeitos de uma penalidade cancelada ou diminuída por revisão precisa ser completa, abrangendo todo o âmbito do direito material ou moral do beneficiário.

Art. 175. No processo revisional, o ônus da prova cabe ao requerente.

No processo administrativo disciplinar originário o ônus de provar que o indiciado é culpado de alguma irregularidade que a Administração lhe imputa pertence evidentemente a esta. Sendo a Administração a autora do processo, a ela cabe o ônus da prova, na medida em que ao autor de qualquer ação ou procedimento punitivo sempre cabe provar o alegado.

Essa regra predomina também no processo revisional, onde o ônus da prova

de que a pena foi elevada demais, ou de todo imerecida, passa a caber ao requerente da revisão, que é afinal o seu autor, o próprio servidor condenado no processo administrativo. Sabendo-se que apenas cabe processo revisional se ocorrer alguma daquelas circunstâncias, ou daqueles fatos, elencados no art. 174, ao requerente da revisão incumbe provar que de fato ocorreu, e que de fato o processo merece revisão.

Pode-se na verdade afirmar: o interesse no processo disciplinar originário é da Administração, e consiste em provar que o servidor é culpado de alguma irregularidade, caso este não consiga demonstrar sua inocência. No processo revisional é o inverso que ocorre: o interesse em demonstrar o indevido da pena aplicada é do requerente, do servidor indiciado anteriormente, e não mais da Administração.

Por essa razão inverte-se na revisão o ônus da prova, mas não a regra processual de que ao autor (ainda que do processo revisional) incumbe provar o que alega.

Art. 176. A simples alegação de injustiça da penalidade não constitui fundamento para a revisão, que requer elementos novos ainda não apreciados no processo originário.

Não cabe conceder a revisão, muito menos provê-la, caso o requerente alegue simplesmente que se cometeu injustiça, por excesso de rigor, na penalidade que lhe foi aplicada. O art. 174 indica, e este art. 176 reitera, a regra de que precisam existir novos elementos, inéditos até então, de defesa, a serem insertos no processo, os quais não tenham sido ventilados nem apreciados no processo originário, para justificar-se o pedido de revisão.

Sem elementos novos, trazidos aos autos do processo originário, a revisão não será sequer admitida pelo Ministro de Estado — ou outra autoridade de outro ente que não o Executivo — a que se refere o art. 177. Não sendo nem

mesmo conhecida, ou aceita, muito menos poderá ser provida, devendo ser, desde logo, arquivada a revisão requerida.

Não é a simples alteração da ordem em que foram apresentados os elementos no processo que pode ensejar o recebimento e a apreciação do pedido de revisão. Repita-se: apenas elementos novos, desconhecidos do processo, podem ensejar a admissibilidade do pedido revisional.

À falta de maior rigor da L. 8.112 neste momento, não parece lícito ao intérprete aplicar ao procedimento revisional o mesmo rigor que cerca as hipóteses de admissibilidade das ações rescisórias, no Código de Processo Civil. Aquele justificável rigorismo processual parece, aqui, demasiado e deslocado, razão por que de antemão já se o deve repelir.

Art. 177. O requerimento de revisão do processo será dirigido ao Ministro de Estado ou autoridade equivalente, que, se autorizar a revisão, encaminhará o pedido ao dirigente do órgão ou entidade onde se originou o processo disciplinar.

Parágrafo único. Deferida a petição, a autoridade competente providenciará a constituição de comissão, na forma do art. 149.

I

Existem duas fases inteiramente distintas nas revisões processuais que o servidor pode requerer: a primeira é o exame da sua admissibilidade, e a segunda é a apreciação do mérito do mesmo requerimento, caso admitido.

Uma vez protocolado o pedido de revisão, será o Ministro de Estado — ou a diversa autoridade, de outro ente que não o Executivo — a que estiver afeta a repartição onde esteja lotado o servidor quem decidirá se cabe examinar seu mérito ou não.

Em outras palavras, o Ministro de Estado ou aquela outra autoridade

examinará se existem ou não os requisitos de admissibilidade do pedido revisional; considerando existirem, dará prosseguimento normal à revisão, encaminhando-a aos dirigentes do órgão ou da entidade de onde se originou o processo disciplinar, para que ali aquelas autoridades determinem a constituição da comissão de revisão. Essa comissão será constituída e funcionará, a exemplo da comissão processante, na forma dos arts. 149 e seguintes.

Caso o Ministro ou a autoridade competente entenda inexistirem os pressupostos de admissibilidade da revisão, previstos no art. 174, imediatamente indeferirá o pedido, mandando arquivá-lo, mas, mesmo que determine tal arquivamento, este não poderá ser procedido senão em apenso aos autos do processo administrativo originário, uma vez que compõe a história daquele processo, significando a última etapa ocorrida, por isso devendo necessariamente permanecer apensada.

É evidente que qualquer Ministro de Estado, ou a outra autoridade até aqui referida, deverá obter assessoramento, consultando seus auxiliares técnicos, para decidir se cabe ou não apreciar o mérito da revisão requerida, deferindo-a, ou se não é ela formalmente admissível. Nenhuma autoridade deve ser insensata ou primitiva a ponto de tomar sozinha a decisão, a não ser que todos os fatos carreados ao processo sejam de seu inteiro conhecimento, ou de conhecimento público e notoriedade absoluta.

Inexistindo Ministro de Estado competente para julgar a admissibilidade do pedido revisional, será a autoridade que lhe equivaler, ou o seu substituto, a competente para fazê-lo, mesmo no Executivo. No Poder Judiciário será o chefe de cada respectivo órgão, dentro de cada ramo judiciário federal, essa autoridade; no Poder Legislativo, conforme a Casa do Congresso, será igualmente seu chefe aquela autoridade referida.

II

Ministro de Estado é sempre autoridade competente em caso de pedido de

revisão por servidor do Poder Executivo, ou de autarquia ou fundação pública federais, vinculadas a este ou àquele Ministério.

Observa-se que a L. 8.112 atribuiu competência direta ao Ministro a que eventualmente esteja vinculada a fundação ou a autarquia, não admitindo sequer que o presidente ou o dirigente máximo de qualquer dessas entidades descentralizadas possa deferir pedido de revisão — no que fez muito mal, uma vez que com tanto retirou a autonomia administrativa que justifica a própria criação daquelas entidades descentralizadas.

O Ministro, ou a autoridade equivalente, uma vez deferindo a revisão, aí sim, e apenas assim, encaminhá-la-á à autoridade a que estiver afeto o servidor indiciado, podendo ser esta o dirigente máximo da autarquia ou da fundação. Esta última autoridade, então, instituirá a comissão revisional, que não se confunde com a comissão processante, e pode recair sobre servidores diversos (podendo naturalmente a processante tornar-se revisional).

A última autoridade mencionada examinará, aliás, detidamente sobre a conveniência de nomear os mesmos membros da comissão processante para agora apreciar a revisão deferida. Decidirá, segundo seu entendimento, pela designação dos mesmos membros ou de outros servidores.

Art. 178. A revisão correrá em apenso ao processo originário.

Parágrafo único. Na petição inicial, o requerente pedirá dia e hora para a produção de provas e inquirição das testemunhas que arrolar.

I

Todos os atos referentes ao processo, e a revisão é um deles, correm ou no corpo principal do processo ou, no máximo, em apenso: a revisão corre em apenso ao processo originário. É que, compondo-o essencialmente, precisa dele fazer parte, ainda que apenas apensado.

Enquanto não indeferida a revisão, na verdade o processo não sofreu, dentro da Administração, uma decisão definitiva, pois a qualquer tempo poderá a antiga ordem ser reformada, para beneficiar o servidor condenado no processo.

J. Guimarães Menegale entende que para garantir a imparcialidade na apreciação do pedido revisional não se devem incluir na comissão de revisão servidores que trabalharam naquela processante, ainda que não se lhes ponha em dúvida a honestidade pessoal, porque não é possível ignorar "a dupla influência da vaidade, que induz o homem a resistir à mudança de suas convicções ou a confessar ou admitir que errou"**[70]**.

Natural, assim, pareceu àquele ilustre administrativista que a autoridade nomeie comissões diferentes, para o processo e para a revisão, porque é certo que mesmo em processo civil a instância revisora é sempre diferente da instância proferidora da decisão revisanda.

Assim também nos parece, pelas razões sintéticas e sabiamente alinhadas por Menegale. Se um dia o homem for reconhecidamente infalível nos julgamentos que fizer de seus semelhantes, então nem mesmo revisão a lei precisará conceder a ninguém.

II

Deve a petição revisional já de início requerer dia e hora para produção de provas e oitiva das testemunhas que o requerente arrolar. Esta ordem, dada pelo parágrafo único do art. 178, visa poupar tempo tanto para a Administração quanto para o requerente, que supostamente tem mais pressa do que ninguém em ver decidido seu pleito.

Uma vez admitida a revisão, não poderá a comissão indeferir a produção das provas e a oitiva requerida das testemunhas, salvo por razão ponderabilíssima, minuciosamente justificada, a impedir lógica ou materialmente aquele deferimento.

Recorde-se sempre que é possível no processamento da revisão, tal qual no

processo originário, arguir cerceamento de defesa, com vista a, se for o caso, anular a revisão que inobservou, aqui também, o princípio constitucional da ampla defesa do requerente. Não é porque o ônus da prova cabe agora a este que as provas as quais tenha, entre elas as testemunhais, podem ser indeferidas.

Trata-se, ainda, de defesa do ora requerente, que fora condenado anteriormente. Pela revisão, o indiciado ainda está se defendendo, e essa defesa precisa, também aqui, ser ampla, contraditória e plena.

Art. 179. A comissão revisora terá 60 (sessenta) dias para a conclusão dos trabalhos.

A comissão revisora terá apenas sessenta dias para concluir seus trabalhos, findos os quais nasce direito líquido e certo ao requerente para obter judicialmente a conclusão da revisão requerida, a sua decisão. Esse direito, que pode ser obtido até por mandado de segurança, não pode ser deferido judicialmente, entretanto, com prejuízo das fases processuais corretas dentro da revisão, de modo a precipitar uma decisão que, pelo atropelo provocado, torne-se injusta em razão de não ter apreciado devidamente as provas.

Precisa estar concluída a revisão em sessenta dias, contados da constituição da comissão. Caso não esteja, nasce o direito judicial ao requerente de obtê-la; mas esse direito não poderá precipitar indevidamente a decisão, ou então terá sido pior ao requerente obter judicialmente o cumprimento do prazo fixado neste art. 179.

Sim, porque de nada adianta a lei estabelecer um prazo para a Administração sem indicar o que ocorre pelo seu descumprimento, ou que direito nasce ao servidor prejudicado pelo seu descumprimento. Às vezes, portanto, pode ao servidor resultar mais eficaz uma interpelação judicial à Administração, antes que interponha mandado de segurança.

O prazo dado pelo art. 179, à falta de expressa previsão em sentido diverso, é

improrrogável. Não se pode alegar, inclusive, que o art. 180 admita a sua prorrogabilidade, porque isso não parece de fato ocorrer.

Art. 180. Aplicam-se aos trabalhos da comissão revisora, no que couber, as normas e procedimentos próprios da comissão do processo disciplinar.

Este artigo confunde tanto quanto todos os artigos existentes na legislação brasileira que apelam à expressão “no que couber”. Nenhuma pessoa na face da Terra é capaz de dizer, com garantia de certeza, o que realmente cabe e o que descabe, a cada caso, em cada momento, em cada assunto, sempre que a lei, como aqui, de modo simplista e nada técnico, manda aplicar dispositivos de alhures ao tema focado, sob a cômoda fórmula “no que couber”.

Recomenda-se à comissão de revisão que procure orientar-se, salvo naquilo absoluta e escancaradamente incompatível, com toda a sensatez possível, pelas regras dos arts. 149 a 173. Deparará sem dúvida com dificuldades de natureza diversa, às vezes de dificílima solução.

Quando as divisar, caso não encontre honestamente na L. 8.112 a fonte segura de direito para orientar seu trabalho, sem perder de vista o prazo de sessenta dias para a sua conclusão, precisará assessorar-se, orientar-se e, se for o caso, apelar para a autoridade superior, requerendo-lhe indicar a solução do impasse. Não lhe caberá, de resto, alternativa a essa atitude.

Art. 181. O julgamento caberá à autoridade que aplicou a penalidade, nos termos do art. 141.

Parágrafo único. O prazo para julgamento será de 20 (vinte) dias, contados do recebimento do processo, no curso do qual a autoridade julgadora poderá determinar diligências.

O julgamento da revisão caberá à mesma autoridade que aplicou a penalidade, e que é aquela indicada, conforme a sua gravidade, nos incs. I a IV do art. 141. Essa autoridade, portanto, poderá ser diversa daquela que defira a revisão, como poderá ser a mesma.

Se os membros da comissão processante recomendavelmente devem ser diversos dos da comissão revisora, entretanto a autoridade julgadora em um e em outro caso é a mesma, e não poderia ser diferente, sabendo-se que quem aplica a pena é, por princípio, competente para reformá-la, anulá-la ou mantê-la.

O parágrafo único do artigo fixa o prazo, também improrrogável, de vinte dias, a contar do recebimento do processo, para a autoridade julgar a revisão, com base na informação que a comissão revisora lhe fizer chegar.

Essa informação deve constituir-se à semelhança daquela instrução processual havida no curso do processo originário. Após a instrução, o relatório e a indicação da comissão revisora, apensos ao processo disciplinar originário, constituirão os elementos de convicção para a autoridade proferir sua deliberação definitiva, decidindo a revisão.

Art. 182. Julgada procedente a revisão, será declarada sem efeito a penalidade aplicada, restabelecendo-se todos os direitos do servidor, exceto em relação à destituição de cargo em comissão, que será convertida em exoneração.

Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento de penalidade.

A revisão julgada procedente anulará por inteiro os efeitos condenatórios do processo disciplinar. Nesse caso, restabelecem-se todos os direitos prejudicados do servidor por força da condenação no processo, restituindo-se-lhe à sua situação anterior ao processo originário. Restaura-se assim, de maneira completa, todo o *statu quo ante* do servidor, desfazendo-se até mesmo as

anotações desabonadoras oriundas da condenação anulada.

Tal não significa raspá-las com estilete do assentamento, ou apagá-las com borracha ou tinta corretiva do respectivo registro, porém há de ser procedida por declaração nos assentamentos funcionais de que a penalidade anterior foi cancelada, considerando-se validamente a decisão do processo *x*, de revisão.

A parte final do *caput* tem em vista reparar moralmente o antigo servidor em comissão que fora demitido, quando por revisão processual a Administração anulou a pena de demissão. Nesse caso, anotará que a antiga penalidade demissória foi convertida em exoneração.

Tal procedimento, de transformar uma *pena*, que é ato unilateral, em *exoneração*, que é ato voluntário, não deixa de apresentar até mesmo alguma jocosidade, semelhante àquela da sentença que transformasse um homicídio num suicídio.

Não se transforma um ato sofrido por alguém em ato voluntariamente praticado por esse alguém. De qualquer modo, fica evidenciada a intenção restauradora, sobretudo, da *imagem* do servidor em comissão demitido, demissão essa que passa, se provida a revisão, a ser considerada como tendo sido de fato um ato voluntário de exoneração, pedida portanto pelo servidor.

É curioso, mas a L. 8.112 não parece admitir revisão para diminuir ou atenuar a pena, porém tão só para anulá-la por completo, quando é o caso. Tal atenuação pode ser, com efeito, importantíssima para o servidor, por exemplo, na hipótese de a Administração comutar-lhe a pena de demissão na de suspensão por um mês, por crer, afinal, ter sido grave demais a primeira, pelo cometimento, apurado, do servidor.

Será de todo lícito à autoridade julgadora da revisão, por outro lado e ainda que patente a lacuna da lei, em vez de cancelar por inteiro uma pena, apenas abrandá-la, transformando-a noutra menor, que julgue, em razão dos novos elementos de defesa na previsão, mais consentânea com a falta cometida. Interpretar a lei de outro modo refugiria por completo à lógica e ao próprio

espírito da seção inteira.

O parágrafo único do artigo proíbe, nas revisões de processos administrativos, a ocorrência da denominada *reformatio in pejus*, ou seja, a reforma para piorar. Por mais desastrosos que tenham sido ao requerente os fatos novos ou as novas circunstâncias que trouxe ao processo na revisão, pedindo a diminuição ou a anulação da pena que lhe foi imposta, e por mais que se os pudessem considerar, em vez de atenuantes, *agravantes* daquela mesma penalidade, está proibida a Administração de agravá-la — ainda que fosse esse o mais sensato julgamento.

Conhece-se, com efeito, sobretudo no processo criminal, a hipótese do novo julgamento, requerido pelo condenado, que a final lhe resulta pior do que a primeira condenação, pois que acaba por aplicar-lhe penalidade mais grave que a primeira.

Se isso é admissível em outros ramos jurídicos, não o é no processo administrativo regido pela L. 8.112 neste caso de requerimento de revisão de penalidades impostas, por pior que tenha sido conduzida a petição revisional. A emenda, neste caso, jamais pode sair pior que o soneto, portanto.

Sobre tema vinculado ao deste artigo decidiu o TRF-2ª Região: “Decisão que determinou o arquivamento acarretou a formação da coisa julgada administrativa, não podendo mais sofrer alterações nessa mesma via administrativa, tendo em vista que tratou, indiscutivelmente, do mérito da questão” (AMS n. 27.878-RJ, 3ª Turma, *DJ*, 19-6-2001).

Título VI

DA SEGURIDADE SOCIAL DO SERVIDOR

Capítulo I
DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 183. A União manterá Plano de Seguridade Social para o servidor e sua família.

§ 1º O servidor ocupante de cargo em comissão que não seja, simultaneamente, ocupante de cargo ou emprego efetivo na administração pública direta, autárquica e fundacional não terá direito aos benefícios do plano de Seguridade Social, com exceção da assistência à saúde. (Parágrafo renumerado pela Lei n. 10.667, de 14-5-2003.)

§ 2º O servidor afastado ou licenciado do cargo efetivo, sem direito à remuneração, inclusive para servir em organismo oficial internacional do qual o Brasil seja membro efetivo ou com o qual coopere, ainda que contribua para regime de previdência social no exterior, terá suspenso o seu vínculo com o regime do Plano de Seguridade Social do Servidor Público enquanto durar o afastamento ou a licença, não lhes assistindo, neste período, os benefícios do mencionado regime de previdência. (§ 2º incluído pela Lei n. 10.667, de 14-5-2003.)

§ 3º Será assegurada ao servidor licenciado ou afastado sem remuneração a manutenção da vinculação ao regime do Plano de Seguridade Social do Servidor Público, mediante o recolhimento mensal da respectiva contribuição, no mesmo percentual devido pelos servidores em atividade, incidente sobre a remuneração total do cargo a que faz jus no exercício de suas atribuições, computado-se, para esse efeito,

inclusive, as vantagens pessoais. (§ 3º incluído pela Lei n. 10.667, de 14-5-2003.)

§ 4º O recolhimento de que trata o § 3º deve ser efetuado até o segundo dia útil após a data do pagamento das remunerações dos servidores públicos, aplicando-se os procedimentos de cobrança e execução dos tributos federais quando não recolhidas na data do vencimento. (§ 4º incluído pela Lei n. 10.667, de 14-5-2003.)

I

Este artigo, ampliado pela Lei n. 10.667, de 14-5-2003, inaugura tema absolutamente diverso dos até aqui focados na L. 8.112: trata-se do *plano de seguridade social*, instituído para atender o servidor regido pela L. 8.112, abrangida também sua família.

A expressão *seguridade social* foi inspirada, sem dúvida, na Constituição Federal, arts. 194 e 195; o conteúdo deste capítulo, entretanto, sob o ponto de vista formal, praticamente nada tem que ver com aqueles dois artigos constitucionais, que impõem a existência de um conjunto integrado de ações relativas à proteção dos direitos básicos da saúde, previdência e assistência social ao cidadão brasileiro.

A L. 8.112 cuida dos servidores públicos federais, e com isso lhes institui um sistema de seguridade alternativo — e decerto muito preferível — ao abrangido pelos arts. 194 e 195 da Constituição, ainda que ali se leia que a seguridade social se rege pelo princípio da universidade de cobertura e atendimento.

Esta genérica e evasiva expressão, que muito pode azar aos utópicos e irrealistas intérpretes da Carta Magna, não tem, entretanto, o condão de inserir necessariamente o servidor federal efetivo entre os beneficiários do programa nacional de seguridade social, uma vez que para eles a L. 8.112 institui o plano a que se refere este artigo.

Por outro lado, aplicam-se inteiramente as regras de seguridade da Constituição, que envolvem o SUS e o INSS como principais prestadores, ao servidor em comissão, uma vez que sua previdência passou a ficar a cargo do INSS, gestor do regime geral de previdência social, a partir do advento da EC n. 20/98, que instituiu o § 13 no art. 40 da Constituição, o qual assim determinou, separando efetivos das demais espécies de servidores públicos brasileiros, e assegurando aos primeiros *regime próprio de previdência* e a todos os demais o RGPS, a cargo do INSS.

II

O antigo parágrafo único do artigo, que fora introduzido pela Lei n. 8.617, de 13-4-1993, foi transformado no atual § 1º pela Lei n. 10.667/2003, com a mesma redação. Por esse dispositivo o servidor federal ocupante exclusivamente de cargo em comissão, sem outro vínculo permanente com a Administração, foi expressamente excluído do plano de seguridade social que o art. 183, *caput*, referira.

Nada a estranhar após a EC n. 20/98, que remeteu o servidor em comissão ao RGPS, excluindo-o em definitivo da previdência própria da União; o RGPS, a seu turno, apesar de se intitular regime de geral previdência, contém e presta também serviços de assistência, como se lê da legislação que o disciplina, sobretudo das Leis n. 8.212 e 8.213, ambas de 24-7-1991, ambas profusa e interminavelmente modificadas até o dia de hoje, e como se lê também, e por consequência daquelas, do art. 185 desta L. 8.112.

Pela regra da L. 8.112 os servidores em comissão, detentores somente dessa condição no serviço público federal, foram excluídos do plano de seguridade social próprio dos servidores efetivos, e para isso a mesma lei que os excluiu tratou de modificar as duas referidas leis securitárias nacionais, as Leis n. 8.212/91 e 8.213/91, para que o sistema nacional de seguro social, a cargo do INSS, abrigasse também aqueles servidores em comissão, e com isso reservando

o plano referido no *caput* deste art. 183 tão só aos servidores efetivos da União (da sua administração direta, autárquica e fundacional pública).

A separação procedida pelo art. 40, § 13, da Carta, com a redação da EC n. 20/98, estava sendo antevista pelo legislador federal.

Regime jurídico único não significa regime securitário único — foi a grande lição que a Lei n. 8.647/93 propiciou a quem não acreditava fosse isso possível.

Está correta a lição, uma vez que a Constituição não mencionou nem exigiu que em algum momento os entes públicos instituíssem regime ou sistema securitário (antes da Constituição de 1988 confundido com frequência com regime *previdenciário*, que é apenas uma parte do securitário) único.

Pode, então, existir mais de um sistema securitário, para atender a servidores inclusos em um regime jurídico único, como exatamente neste caso, em que os servidores federais em comissão *são regidos pela L. 8.112, pois ocupam cargos que pertencem ao regime jurídico único da União*, mas estão albergados por regime securitário diverso daquele que atende aos servidores efetivos, o plano de seguridade social previsto no art. 183, *caput*.

Vale dizer: os servidores efetivos são abrigados pelo plano de seguridade social constante do art. 183, *caput*, que constitui *o regime securitário próprio da União*; os servidores federais em comissão — apenas em comissão — filiam-se ao regime do INSS, a não ser quanto aos serviços específicos de "assistência à saúde", que lhes serão prestados, portanto, pelo regime do plano securitário próprio da União.

Causa espécie apenas a redação, outra vez a redação, do § 1º quando se refere a servidor "ocupante de cargo *ou emprego efetivo na administração pública direta, autárquica e fundacional*", pois sabidamente emprego efetivo é algo que não existe, já que efetividade é uma qualidade própria dos cargos estatutários dessa natureza.

Em segundo lugar, indaga-se a que se estará referindo o legislador nesse

passo, uma vez que a L. 8.112, em seu art. 243, simplesmente eliminou os empregos do serviço público federal, transformando-os — inconstitucionalmente por certo, mas isso aqui não importa — em cargos de provimento efetivo. Manteve apenas os contratos temporários pela CLT, a esta altura todos já encerrados. A que emprego, então, estaria se referindo a lei, ainda mais quando seguido do estratosférico e abantesmático adjetivo *efetivo*?

E ainda, em terceiro lugar, que tem a L. 8.112 com empregos? — é a derradeira e irrespondível indagação.

III

O § 2º, incluído pela Lei n. 10.667/2003, fixa que o servidor que se afaste ou se licencie, sem remuneração, do cargo efetivo, mesmo que contribua para regime de previdência social no exterior, terá suspenso o seu vínculo com o regime do Plano de Seguridade Social do Servidor Público enquanto durar o afastamento ou a licença, não lhe assistindo, nesse período, os benefícios do mencionado regime de previdência.

O dispositivo é em parte estranhável, por admitir que o servidor afastado possa preferir contribuir para algum regime previdencial estrangeiro em detrimento do nacional, ao qual contribuía e com o qual vantajosamente poderia manter o vínculo reciprocamente obrigacional, e em segundo por desse servidor excluir peremptoriamente, nessa hipótese de afastamento, os benefícios do regime nacional, ainda que ocasionalmente ele haja adquirido direito a tais benefícios.

Não se atina com o exato alcance da visão do legislador ante tão estranhas e aparentemente pouco exercitadas prédicas, porém é certo que visam manter o controle sobre contribuintes que se afastem da situação ensejadora da contribuição. Mas é tão mais estranhável a redação do § 2º quando, a seguir, o § 3º o desdiz por inteiro.

O § 3º, com efeito, sem informar que está excepcionando o § 2º, constitui

um direito que o § 2º taxativamente negara ao servidor abrangido pelo plano de seguridade e que se afasta sem remuneração, que é o de manter o vínculo com aquele sistema, caso contribua voluntária e mensalmente pela mesma alíquota dos ativos, e tendo como base de cálculo a remuneração total recebida pelo desempenho de seu cargo, do qual se afasta. Nessa hipótese manterá todo o direito aos benefícios, como não mantém na hipótese do parágrafo anterior.

Mais lógico teria sido que os §§ 2º e 3º constituíssem uma só subunidade do artigo, com a regra e a exceção enunciadas em sequência.

O § 4º, fechando o artigo, é uma mescla de insignificância com insânia. É insignificante por prever num estatuto de servidores a data mensal do recolhimento de contribuições dos servidores ao regime de previdência, matéria que um regulamento de terceiro nível perfeitamente comportaria.

E se revela insano, ou ao menos de crassa e imperdoável ignorância jurídica, na medida em que manda aplicar os procedimentos de execução e de cobrança de tributos, que são impostos ao cidadão sem escolha e podem ser executados se não forem pagos, a *contribuições previdenciárias voluntárias*, como na hipótese do § 3º.

É incomentável, pois a pena por algum segurado de regime de previdência deixar de contribuir é a de com o tempo perder a condição de segurado, e se restaurar essa condição sujeitar-se ocasionalmente a precisar de novo cumprir os períodos de carência exigidos para a concessão de alguns benefícios. O legislador neste ponto desceu a um dos mais baixos graus de qualidade em toda a L. 8.112.

Quanto à ideia de que deve haver contraditório em caso de algum impasse ocorrer na fase de homologação da aposentadoria, decidiu o STF no MS n. 24.754/DF, j. 7-10-2004, Pleno: “O processo de aposentadoria revela atos complexos, sem o envolvimento de litigantes, ficando afastada a necessidade de observância do contraditório, isso em vista do ato final, ou seja, a glosa pela Corte de Contas”.

E, quanto à regra do *tempus regit actum*, deliberou no mesmo processo: *"Aposentadoria — Cargo em comissão — Regência no tempo*. Tratando-se de situação concreta em que atendidos os requisitos para a aposentadoria em data anterior à alteração do artigo 183 da Lei n. 8.112/90 pela Lei n. 8.647/93, descabe glosar a aposentadoria concedida considerada a ocupação de cargo em comissão. Precedente: Mandado de Segurança n. 24.024-5, Pleno, cujo acórdão, redigido pelo ministro Gilmar Mendes, foi publicado no Diário da Justiça de 24 de outubro de 2003".

Art. 184. O Plano de Seguridade Social visa a dar cobertura aos riscos a que estão sujeitos o servidor e sua família, e compreende um conjunto de benefícios e ações que atendam às seguintes finalidades:

I - garantir meios de subsistência nos eventos de doença, invalidez, velhice, acidente em serviço, inatividade, falecimento e reclusão;

II - proteção à maternidade, à adoção e à paternidade;

III - assistência à saúde.

Parágrafo único. Os benefícios serão concedidos nos termos e condições definidos em regulamento, observadas as disposições desta Lei.

Seguridade social tem um conceito amplo, inclusivo, moderno e sensivelmente evoluído com relação à noção de previdência social constante da Constituição de 1969.

O próprio antigo INPS, Instituto Nacional de Previdência Social, desde 1991 transformado em INSS, Instituto Nacional do Seguro Social, com aquela transformação refletiu a tendência mundial dos governos de que, mais do que simplesmente prevenir riscos a que se sujeita o cidadão, trabalhador ou não, o que atualmente se visa nos sistemas securitários é garantir uma autêntica política de seguros a qualquer cidadão, trabalhador ou não, servidor público ou não.

Seguro é a garantia de atendimento ou de prestação de um benefício ou

serviço, mediante contribuição certa que os custeie. Os seguros privados, de bens ou pessoas, funcionam exatamente assim: por um prêmio pago à seguradora o cidadão garante indenização por perda de sua vida, sua saúde, ou algum bem que possua, o qual se denomina, então, segurado.

No caso dos planos de seguridade, a contribuição social descontada do segurado constitui por assim dizer o prêmio do sistema, responsável pelo seu custeio, através do qual poderá prestar os benefícios e os serviços estabelecidos na lei.

É praticante contratual a natureza da vinculação do cidadão, servidor público ou não, a um sistema de seguridade social, como é contratual o seu liame a uma seguradora particular, onde inscreva determinado bem para segurá-lo dos riscos a que está sujeito.

Entende Wladimir Novaes Martinez**[71]** que o art. 194 da Constituição contém um dispositivo mais propriamente de direito securitário que simplesmente de previdência ou de genérica seguridade, já que ali se define a seguridade social como compreensiva de um conjunto integrado de ações destinadas a segurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Wagner Balera conceitua a seguridade social como o conjunto de medidas constitucionais de proteção dos direitos individuais e coletivos concernente à saúde, à previdência e à assistência sociais**[72]**. Refere-se esse autor à seguridade social conforme expressa na Constituição Federal, não pretendendo espraiar sua definição para além daqueles limites.

A L. 8.112 pretendeu de certa forma delimitar o campo de abrangência do conceito de seguridade social que empregou a partir do art. 183, e o fez, outra vez, de forma não muito apurada em técnica. Indicando que o plano de seguridade social do servidor regido pela L. 8.112 visa cobrir riscos, sem especificar de que natureza, a que está sujeito, bem como sua família, estabeleceu que aquele plano compreende um conjunto de benefícios e ações que

atendam determinadas finalidades, elencadas nos incs. I a III.

A seguir, no art. 185, parece ter-se esquecido de discriminar as ações, pois elencou todas as prestações devidas ao servidor e aos seus dependentes como benefícios. O único momento em que mencionou ações foi, portanto, no *caput* deste artigo, sem voltar o legislador a referir-se a elas em momentos posteriores da lei.

Benefícios, por outro lado, são prestações que a legislação previdenciária nacional, materializada sobretudo nas Leis n. 8.212 e 8.213, ambas de 24-7-1991**[73]**, define como sendo sempre em dinheiro, em oposição à assistência social, que contém prestações em serviços. Esse é o conceito da legislação previdenciária nacional, que não é esta aqui focada, mas aquela destinada ao trabalhador brasileiro, não regido pela L. 8.112.

Esta, no art. 185, conceitua de modo diferente, e, para ela, conforme se verá, tanto benefícios em dinheiro quanto vantagens, serviços prestados, são sempre tratados por benefícios, quer se refiram à pessoa do servidor, quer a seu dependente.

As finalidades a serem atendidas pelos benefícios previstos no art. 184 genericamente, e depois especificados nos arts. 185 e seguintes, são aquelas mencionadas nos incs. I a III deste artigo, e consistem em garantias, proteções e assistências diversas, que a lei especificou como a garantia de meios de subsistência ao servidor, seus dependentes, sempre que ocorram eventos de doença, invalidez, velhice, acidente em serviço, inatividade, falecimento e reclusão.

Outra finalidade do plano de seguridade social é proteger tanto o servidor quanto o seu dependente em ocorrendo maternidade, adoção e paternidade. São esses eventos que a L. 8.112 visa proteger, fazendo-o, obviamente, pela pessoa do servidor ou de seus dependentes.

Visa, por fim, o plano de seguridade social, previsto na L. 8.112, possibilitar assistência à saúde do servidor e de sua família. Cada um dos eventos

mencionados no inc. I do artigo é objeto de artigos específicos. Cada bem ou valor referidos nos incs. II e III são, igualmente, objeto de preocupação posterior do legislador, comentados a seguir.

Estabelece o parágrafo único que os benefícios, que são seguramente aqueles referidos do art. 185, serão concedidos nos termos e condições estabelecidos em regulamento, o qual precisará evidentemente observar as disposições da L. 8.112.

O que se precisa evidenciar aqui é que, sempre que o dispositivo da L. 8.112 tiver condição de ser executado provisoriamente, sem regulamento, precisa ser, sobretudo nesta matéria previdenciária, que não permite deixar o servidor desprotegido ou desabrigado da garantia assistencial enquanto se omite o Executivo de regulamentar o direito legal.

Somente será contida a eficácia do dispositivo deste Título, em desfavor do servidor, quando a lei não permitir, de modo algum, sua própria exequibilidade, o que, diga-se de passagem, é difícil ocorrer.

Toda a parte securitária da lei é, em princípio, passível de ser executada apenas com os elementos aí contidos, funcionando os regulamentos tão somente como disciplinadores do modo de execução da lei, dando as minúcias dos procedimentos, as rotinas e outros detalhes não substantivos ou essenciais, menos importantes, cuja inexistência, em tese e quase sempre, não pode de modo algum prejudicar o direito do servidor à prestação securitária.

Qualquer regulamento já existente e razoavelmente aplicável à L. 8.112 evidentemente pode e deve ser aplicado, ainda que de modo subsidiário, enquanto o Executivo federal não edita regulamentos específicos, mais convenientes às particularidades desta lei.

Art. 185. Os benefícios do Plano de Seguridade Social do servidor compreendem:

I - quanto ao servidor:

a) aposentadoria;

b) auxílio-natalidade;

c) salário-família;

d) licença para tratamento de saúde;

e) licença à gestante, à adotante e licença-paternidade;

f) licença por acidente em serviço;

g) assistência à saúde;

h) garantia de condições individuais e ambientais de trabalho satisfatórias;

II - quanto ao dependente:

a) pensão vitalícia e temporária;

b) auxílio-funeral;

c) auxílio-reclusão;

d) assistência à saúde.

§ 1º As aposentadorias e pensões serão concedidas e mantidas pelos órgãos ou entidades aos quais se encontram vinculados os servidores, observado o disposto nos arts. 189 e 224.

§ 2º O recebimento indevido de benefícios havidos por fraude, dolo ou má-fé, implicará devolução ao erário do total auferido, sem prejuízo da ação penal cabível.

I

Neste artigo divide-se o objeto dos benefícios do plano de seguridade social para se estabelecerem aqueles aplicáveis ao servidor e aqueles destinados aos seus dependentes. O artigo, entretanto, não define o que sejam dependentes, para nenhum efeito. A L. 8.112 define e relaciona os dependentes econômicos do servidor apenas no art. 197, para efeito de percepção do benefício, específico, do salário-família, sendo a definição, portanto, inaplicável para efeito de concessão

de outros benefícios.

No art. 217, a L. 8.112 elenca os beneficiários das pensões, em conceitos também restritos àquele benefício. Já no art. 241, conceitua a família do servidor, para efeito de aplicação de dispositivos que àquela se refiram. Não existe, portanto, uma definição genérica e oniabarcante do que seja dependente do servidor, em sentido amplo.

Antes de entrar na análise dos benefícios arrolados neste artigo, e relembrando o comentário a propósito, tecido no artigo anterior, observe-se que existem, elencados no inc. I deste artigo, algumas licenças, de natureza securitária, previdencial. Tais licenças não se confundem, mas se somam às vantagens previstas no art. 81, que têm às vezes natureza similar, como a licença por motivo de doença em pessoa da família.

O conjunto das licenças deferidas pela L. 8.112 ao servidor, portanto, é aquele resultante da somatória daquelas vantagens, de cunho mais administrativo, previstas nos arts. 81 a 92, somadas àquelas constantes genericamente no art. 185, e especificamente nos arts. 202 a 214.

Observa-se, por outro lado, que do rol dos denominados benefícios constantes do inc. I deste artigo existem prestações de quatro naturezas diversas: 1ª) prestações em dinheiro (aposentadoria, auxílio-natalidade e salário-família); 2ª) licenças (alíneas *b* a *f* do inciso); 3ª) serviços (assistência à saúde); e 4ª) garantia de condições satisfatórias de trabalho, que, em si, nada têm que ver com as garantias anteriores, dentro do inciso. A todos esses direitos a L. 8.112 denominou genericamente “benefícios”, estabelecendo serem devidos à pessoa do servidor.

Quanto ao dependente do servidor, que como visto a L. 8.112 não define de modo genérico, o inc. II do artigo elenca quatro direitos, que também denomina benefícios, e que no seu conjunto possuem duas naturezas: 1ª) pecuniária (pensão, auxílio-funeral e auxílio-reclusão); e 2ª) de serviço (assistência à saúde).

Cada um desses benefícios merecerá comentários em tópicos específicos, à exceção daquele elencado na alínea *h* do inc. I (garantia de condições individuais e ambientais de trabalho satisfatório), uma vez que não há outro artigo que a ele se refira. Essa garantia, então, deve ser interpretada como simples norma de conduta, estabelecida para obrigar a Administração, de modo generalizado, a propiciar ambiente razoável de trabalho ao servidor, sem estabelecer maiores detalhamentos de como ele precise ser.

Dificilmente seria possível a uma lei descer a minúcias nesta matéria, própria de regulamentos, instruções, ordens de serviços; à lei cumpre, como aqui, apenas dar o comando amplo.

II

O § 1º do artigo estabelece como regra geral que os benefícios pecuniários das aposentadorias e das pensões serão determinados e mantidos pelos órgãos ou entidades aos quais se encontrem vinculados os servidores, observando-se o disposto nos arts. 189 e 224.

Tal significa que o servidor da Administração direta, por exemplo, do Executivo federal, será por ele aposentado, como o de uma fundação o será por ela, devendo o órgão que concedeu a aposentadoria mantê-la, regularmente, enquanto não houver ensejo para suspensão ou cancelamento do benefício.

Com isso a L. 8.112 descentraliza a responsabilidade da concessão, como da manutenção, de aposentadorias e pensões, ainda que por fim todas elas recaiam sobre o tesouro nacional, devendo constar do orçamento federal. De cada orçamento individual das entidades componentes da Administração federal, ou de cada parte da lei orçamentária nacional referente a cada Poder da União, constará, evidentemente, recurso para a manutenção dos benefícios a que se refere o parágrafo.

A remissão aos arts. 189 e 224 da L. 8.112 se fez para, provavelmente, relembrar à autoridade federal, responsável pelo pagamento das aposentadorias e

pensões, os critérios de reajuste daqueles benefícios, fixados na Constituição Federal e reproduzidos na L. 8.112.

O § 2º do artigo estabelece a obrigação de o servidor restituir ao Poder Público, sem correção ali prevista, todo benefício que houver recebido indevidamente por fraude, dolo ou má-fé, sem prejuízo de eventual ação penal. Trata-se de regra tradicional em direito, segundo a qual quem recebeu do Poder Público valor indevido, por ter induzido o pagador a erro em razão de fraude, de dolo ou má-fé, deve ressarcir o erário lesado.

Como o artigo menciona fraude, dolo e má-fé, a conduta do agente será criminosa, se por aquilo tipificada no Código Penal ou em exorbitante lei penal. Nesse caso deve a Administração remeter o apurado ao Ministério Público, para que este, entendendo cabível, ofereça denúncia contra o servidor.

Capítulo II

DOS BENEFÍCIOS

Seção I

DA APOSENTADORIA

Art. 186. O servidor será aposentado:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei, e proporcionais nos demais casos;

II - compulsoriamente, aos 70 (setenta) anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

III - voluntariamente:

a) aos 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem, e aos 30 (trinta) se mulher, com proventos integrais;

b) aos 30 (trinta) anos de efetivo exercício em funções de magistério, se

professor, e 25 (vinte e cinco) se professora, com proventos integrais;

c) aos 30 (trinta) anos de serviço, se homem, e aos 25 (vinte e cinco) se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo;

d) aos 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e aos 60 (sessenta) se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

§ 1º Consideram-se doenças graves, contagiosas ou incuráveis, a que se refere o inciso I deste artigo, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira posterior ao ingresso no serviço público, hanseníase, cardiopatia grave, doença de Parkinson, paralisia irreversível e incapacitante, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados do mal de Paget (osteíte deformante), Síndrome de Imunodeficiência Adquirida — AIDS, e outras que a lei indicar, com base na medicina especializada.

§ 2º Nos casos de exercício de atividades consideradas insalubres ou perigosas, bem como nas hipóteses previstas no art. 71, a aposentadoria de que trata o inciso III, a e c, observará o disposto em lei específica.

§ 3º Na hipótese do inciso I o servidor será submetido à junta médica oficial, que atestará a invalidez quando caracterizada a incapacidade para o desempenho das atribuições do cargo ou a impossibilidade de se aplicar o disposto no art. 24. (§ 3º incluído pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

I

Aposentadoria de servidor público é matéria de matriz quase que inteiramente constitucional. Em tema efetivamente importante é apenas a Constituição Federal que estabelece o direito.

Após a EC n. 41/2003, entretanto, uma lei nacional, por direta ordem constitucional (art. 40, § 3º, *in fine*), passou a indicar a fórmula de cálculo do provento da aposentadoria do servidor efetivo, e é a Lei n. 10.887, de 18-6-2004,

algo que até então no direito brasileiro sempre foi simplesmente impensável, já que a Carta sempre esgotou, só em si, todo o assunto.

Desse modo, toda parte inicial deste artigo, até o § 1º, é cópia fiel da parte inicial do art. 40 da Constituição Federal *com a redação anterior à que lhe deu a EC n. 20/98*, e que por isso hoje está inteiramente superada pelo novo texto, que depois foi sucessivamente modificado também pela EC n. 41/2003 e pela EC n. 47/2005.

De nada serve hoje, portanto, o conjunto dos incs. I a III deste art. 186, o qual somente começa a ser eficaz no § 1º.

II

Apenas para que se tenha ideia da monumentalidade das modificações constitucionais a partir de 1998, a redação originária do art. 40 tinha cinco parágrafos, e assim durou até a EC n. 20/98. Hoje, após as três emendas citadas, tem 21 parágrafos, e apenas escassamente lembra o texto da origem.

Não deve nunca a lei repetir a Constituição, em primeiro porque esta não precisa de lei que a repita para impor-se soberanamente a todo o direito infraconstitucional, e em segundo porque, se muda a Constituição por emenda, observados apenas os direitos adquiridos e as situações consolidadas, a parte da lei que transcrevera a Constituição se torna inconstitucional.

É sempre de sumo primarismo, portanto, que a lei transcreva a regra jurídica de hierarquia superior, procedimento que indica tanto insciência quanto insegurança do legislador. E é de triste tradição no direito brasileiro, assaz exercitada por Estados e Municípios na sua imitação dos maus exemplos federais, que estatutos de servidores copiem a Constituição em inúmeros pontos, como em questão de previdência, quais os cegos que pretendem guiar outros cegos, biblicamente referidos.

Assim, lei da União com frequência copia, erradamente, a Constituição, e a seguir Estados e Municípios copiam, erradamente, a União, julgando-se

entretanto muito seguros e protegidos...

As obras de comentários à Constituição Federal — atualizadas, por tudo que é sagrado! — serão de inteira utilidade referentemente a este art. 186, até a alínea *d* do seu inc. III. Em atenção, entretanto, à sistematização desta obra, passamos também a comentar o tema, dentro do seu limitado escopo.

III

A aposentadoria do servidor público pode ser voluntária, ou seja, *a pedido* do servidor, quando não pode ser determinada unilateralmente pela Administração, ou compulsória, que é a modalidade inversa, imposta pela Administração, ou antes ainda pela Constituição Federal e pela lei cabível ao servidor. Nesse caso ele não pode resistir a tal determinação, cabendo-lhe então aceitar a inativação forçada.

Após a edição da EC n. 47/2005 *cinco* são as regras constitucionais possíveis, à escolha do servidor efetivo interessado segundo a sua conveniência, para aposentar-se:

a) *as regras do art. 40 anteriores à EC n. 20/98*, cf. EC n. 20/98, art. 3º. Se antes dessa Emenda o servidor adquiriu direito a aposentar-se e apenas não o fez porque não quis, pode fazê-lo, pelas regras antigas do art. 40, quando bem o desejar. Importante: nessa hipótese não será apenas o efetivo o beneficiário, porém também os ocupantes de cargos em comissão, os celetistas e os pertencentes ao "terceiro regime", pois assim indiferenciada e propositadamente generalizante era a regra do art. 40 constitucional, desde 1988;

b) para os efetivos, *as novas regras do art. 40, dadas a partir da EC n. 20 e até a EC n. 47*, as quais são muito mais duras e exigentes que as anteriores. Não existem regas, aliás, mais difíceis de atender que essas, e por certo apenas serão utilizadas por quem não se possa valer de alguma regra alternativa, dentre as existentes, todas mais favoráveis ao servidor efetivo;

c) para os efetivos, *as regras do art. 2º da EC n. 41/2003*, cf. EC n. 47/2005,

art. 3º;

d) para os efetivos, *as regras do art. 6º da EC n. 41/2003*, cf. EC n. 47/2005, art. 3º, e

e) para os efetivos, *as regras do art. 3º da EC n. 47/2005*, bastante favoráveis ao servidor com relação às ultimas citadas.

Nada assegura, entretanto, que na eventual próxima edição as regras já sejam outras inteiramente diversas, tal é a volúpia de alterações que a partir de 1998 assola o constituinte brasileiro, o qual em matéria de servidor público e de sua previdência *não faz a menor ideia do que realmente quer e do que enfim pretende*, mas apenas ensaia a todo o tempo, emenda após emenda, com inversão de regra sobre inversão de regra, e com a reversão desenfreada de todo o quadro institucional já tão dificilmente erigido em passado recente.

Por tudo isso, a atual debandada em massa de servidores públicos que tinham e têm qualquer possibilidade de se aposentar, pela regra que afinal for e da forma mais rápida possível, nunca teve precedentes na história do País, e vem desfalcando gravissimamente os quadros da Administração.

Tivemos recentemente, presentemente a temos e ainda, ao que parece por bom tempo, continuaremos a testemunhar a verdadeira e grande *corrida do servidor à aposentadoria*, e não apenas aquele federal, já que a Constituição atinge todos os níveis de governo.

Mais do que temer a regra em si, o que verdadeiramente apavora ao imenso contingente de servidores é a tremenda *instabilidade das relações constitucionais entre servidor e Administração*, com a qual ninguém, até 1998, estava habituado, nem imaginava possível a tal ponto.

IV

Ao lado das modalidades clássicas de aposentadorias voluntárias e compulsórias existe formalmente a modalidade de aposentadoria *por invalidez*, cuja compulsoriedade não está declarada na Constituição nem na L. 8.112, mas

temos para nós que qualquer aposentadoria por invalidez acaba por ser compulsória, na medida em que a Administração pode determinar que o servidor se submeta a exame médico e, dependendo do resultado deste, pode compulsoriamente determinar que se aposente.

O servidor, neste caso, não pode resistir à determinação da Administração para aposentar-se, até mesmo porque existem meios de provar a sua incapacidade para o trabalho. Dificilmente algum servidor resiste à sua aposentação por invalidez, mas, segundo parece claro, nem mesmo qu queira resistir pode fazê-lo com eficácia nesses casos, e daí a natureza compulsória dessa modalidade.

O § 2º do art. 188, conforme será examinado, consolida a ideia de que aposentadoria por invalidez é compulsória, podendo ser imposta, em certas circunstâncias, ao servidor.

V

Aposenta-se por invalidez permanente o servidor efetivo que for acidentado em serviço ou adquirir moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada no § 1º do art. 186, sendo, nestes casos, os seus proventos integrais por força do disposto no inc. I do § 1º do art. 40 da Constituição.

Caso o servidor efetivo se aposente por invalidez decorrente de moléstia não profissional, ou não especificada no § 1º, seus proventos serão proporcionais ao tempo de serviço, computando-se para tanto todo o tempo de serviço público ou privado que o servidor comprovar junto à Administração. E a conta que nesse caso se precisa realizar pode ser das mais complexas e intricadas, como nunca fora no passado, anteriormente à EC n. 20/98.

Sobre exatamente este tema já deliberou o STF: “I. Nos termos do art. 186 da Lei n. 8.112/90, a aposentadoria por invalidez com proventos integrais, ainda que grave, incapacitante e incurável seja a doença sofrida pelo servidor —

Epidermólise Bolhosa Distrófica — não será, *in casu*, devida, por essa moléstia não se encontrar elencada no § 1º do referido artigo. II. Se não houver especificação, os proventos serão proporcionais (RE n. 175.980-1, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ*, de 20-2-1998). Ordem denegada" (MS n. 8.334-DF, Corte Especial, *DJ*, 19-5-2003).

A contagem recíproca de tempo de serviço — ou, melhor dizendo, a mera e incondicionada *soma do tempo de serviço, ou de contribuição* — é uma garantia a todo servidor público, bem como a todo cidadão, conferida diretamente pela Constituição Federal, art. 201, § 9º, para o fim de aposentadoria. Seja ou não doença o fato causador da invalidez permanente, ensejadora de aposentadoria, se não estiver esse fato descrito na L. 8.112, os proventos serão sempre proporcionais ao tempo de serviço.

Sempre que algum servidor completar setenta anos de idade, neste dia estará proibido de trabalhar, processando-se automaticamente sua aposentação por implemento de idade, com caráter de verdadeira expulsão do serviço público. É comum referir-se à aposentadoria compulsória como *expulsória*, exatamente em virtude disto. Isso foi o que supôs a Constituição, no art. 40, § 1º, II, e assim o determinou peremptoriamente — pouco importando o que acaso diga a respeito qualquer lei.

Tal suposição teve em vista, evidentemente, uma idade considerada pela média das situações verificadas, já que se conhecem servidores que com sessenta anos de idade são praticamente imprestáveis para qualquer serviço, enquanto outros cidadãos, aos oitenta ou mais, poderiam ser extremamente úteis em inúmeras funções.

A modalidade mais comum das aposentadorias, onde ocorre a maioria dos casos, entretanto, é a voluntária, que se pode dar segundo qualquer das regras constitucionais.

VI

A propósito deste art. 186, até o ponto aqui comentado, o DRH da SAF expediu nada menos que onze Orientações Normativas, n. 6, 35, 52, 65, 77, 74, 75, 93, 109, 111 e 113, a esta altura do desenvolvimento constitucional praticamente por inteiro prejudicadas.

VII

A partir de certo momento, no artigo, a L. 8.112 passa a inovar em matéria de aposentadoria para servidor público.

O § 1º aqui aparece de modo curioso, pois significa a especificação legal referida anteriormente, dentro do próprio artigo, no inc. I, que a seu tempo apenas repetiu a Constituição.

Aquela relação de moléstias a serem especificadas em lei, segundo o dizer do inc. I, já se encontra definitivamente arrolada no texto do parágrafo. Desse modo, toda a série de doenças graves, contagiosas ou incuráveis referida neste § 1º passa a ser oficialmente considerada suficiente para, na forma do art. 188, ensejar a aposentadoria do servidor por invalidez. Esta é, conforme se referiu, compulsória, em ocorrendo a hipótese, não podendo a ela resistir o servidor atacado de qualquer daqueles males.

O § 1º menciona ainda que podem existir outras moléstias, fora desta relação, que outras leis poderão indicar, o que farão sempre com base nas últimas atualizações da medicina especializada. Seja como for, será apenas lei, em caráter formal, o diploma hábil a arrolar novas doenças ensejadoras de aposentadorias por invalidez. Afora portanto por outros elencos legais, este constante do § 1º é fechado, taxativo, exaustivo, não comportando extensões, abreviações, analogias ou interpretações que não estritamente literais.

VIII

O § 2º atualmente tem autorização no § 4º do art. 40 da Constituição, e indica que, quando o servidor exerce atividades insalubres ou perigosas, ou

ainda penosas, seu tempo de serviço mínimo para ensejar-lhe direito à aposentação voluntária não é necessariamente aquele constante das alíneas *a* e *c* do inc. III deste art. 186, podendo ser outro, menor, fixado em leis específicas. Siga-se o aplicador, entretanto, pela própria Constituição nesta matéria, uma vez que dá o direito atualizado e incontrastável por lei alguma.

Sabe-se que atividades perigosas, penosas ou insalubres ensejam aposentadorias, na atividade privada, de até mesmo quinze anos de serviço, como é o caso dos mineiros de subsolo da iniciativa privada e sob a CLT; esses profissionais de difícil carreira, comprovando quinze anos de exercício dessa profissão, aposentam-se como se houveram todo o tempo constitucional e legalmente exigível para aposentação em trabalho não insalubre nem penoso.

Assim como ocorre na iniciativa privada, a Constituição reservou à lei ordinária competência para estabelecer privilégios aos servidores públicos efetivos quanto ao tempo de serviço mínimo para aposentadoria, sempre que se tratar de atividades especialmente dificultosas, de exercício penoso, insalubre ou perigoso, segundo critério estabelecido em lei. Observe-se a propósito os comentários procedidos anteriormente, ao art. 69.

IX

O § 3º, acrescido pela Lei n. 9.527/97, prevê que, na hipótese de se cogitar aposentar-se o servidor efetivo por invalidez permanente, esse servidor deverá submeter-se ao exame de junta médica oficial, que atestará tal estado de invalidez sempre que conseguir caracterizar a incapacidade do mesmo servidor para desempenhar seu cargo, e sempre que for considerada impossível a readaptação, prevista no art. 24.

Pela readaptação o servidor estaria apto a desempenhar as atribuições de outro cargo que não o seu; se impossível for isso, então será declarada pela junta médica a invalidez permanente do servidor, apta a ensejar sua aposentadoria. E, nesse caso, os proventos serão fixados na forma da Constituição, art. 40, § 1º, I.

Art. 187. A aposentadoria compulsória será automática, e declarada por ato, com vigência a partir do dia imediato àquele em que o servidor atingir a idade-limite de permanência no serviço ativo.

Significa esta ordem que o servidor, no dia em que completar setenta anos, será expulso do serviço público, por ter atingido a idade-limite em que pode trabalhar. O servidor septuagenário, já no dia de seu aniversário, estará proibido de trabalhar, devendo-se considerar aposentado independentemente de a Administração ter ou não expedido o ato a que se refere o artigo.

Esse ato precisaria, em tese, ser expedido um dia antes de o servidor atingir a idade-limite, para ter vigência no dia do aniversário do servidor, formalizando a aposentadoria. Repita-se: vindo ou não o ato, não deve o servidor trabalhar no dia de seu aniversário, pois nesse dia já está automaticamente aposentado.

O artigo se refere apenas à aposentadoria compulsória por idade, e não àquelas outras modalidades possíveis de aposentadorias compulsórias, como é a por invalidez. Nesse caso não se há de falar em inativação automática, mas precisa ela, para existir de fato, ser antes declarada pela Administração, conforme se passa a ver.

Já decidiu o STJ, em demanda muito curiosa intentada por uma servidora inconformada com a aposentadoria expulsória, que, "1. Sendo a recorrente magistrada do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, sujeita-se ao disposto no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal, que prevê a aposentadoria compulsória aos 70 (setenta) anos de idade, conforme determinação do art. 93, VI, da Carta Magna. Assim, não há como sustentar que tais dispositivos violam os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da harmonia e independência dos poderes, bem como a garantia da vitaliciedade aos juízes. Ausência de direito líquido e certo a amparar a pretensão da recorrente de permanecer na ativa enquanto possuir condições físicas e mentais para o exercício do referido cargo. 2. Precedente (STF, ADIn n. 98/MT). 3. Recurso

conhecido, porém, desprovido” (ROMS n. 15.561-MG, 5ª Turma, *DJ*, 19-12-2003).

Art. 188. A aposentadoria voluntária ou por invalidez vigorará a partir da data da publicação do respectivo ato.

§ 1º A aposentadoria por invalidez será precedida de licença para tratamento de saúde, por período não excedente a 24 (vinte e quatro) meses.

§ 2º Expirado o período de licença e não estando em condições de reassumir o cargo ou de ser readaptado, o servidor será aposentado.

§ 3º O lapso de tempo compreendido entre o término da licença e a publicação do ato da aposentadoria será considerado como de prorrogação da licença.

§ 4º Para os fins do disposto no § 1º deste artigo, serão consideradas apenas as licenças motivadas pela enfermidade ensejadora da invalidez ou doenças correlacionadas.

§ 5º A critério da Administração, o servidor em licença para tratamento de saúde ou aposentado por invalidez poderá ser convocado a qualquer momento, para avaliação das condições que ensejaram o afastamento ou a aposentadoria. (§§ 4º e 5º acrescidos pela Lei n. 11.907, de 2-2-2009.)

Ao contrário da aposentadoria automática por setenta anos de idade, as aposentadorias voluntária e compulsória por invalidez apenas vigoram a partir da data de publicação do ato que oficialmente as determine. Esse ato é sempre publicado no *Diário Oficial da União*, e somente após sua publicação pode o servidor respectivo considerar-se aposentado.

Estabelece o § 1º que o servidor não se aposentará por invalidez sem que antes se tenha licenciado para tratamento de saúde, o que não excederá vinte e

quatro meses. Apenas após expirado esse período, e verificando a Administração, por sua junta médica, que o servidor licenciado não tem condição para reassumir o exercício, ou mesmo para ser readaptado, poderá ele ser aposentado.

Não deixa de constituir, em muitos casos, excesso de zelo esta preocupação da L. 8.112, que proíbe à Administração, ainda que plenamente convicta de irreversibilidade da invalidez, aposentar o servidor. Se é ele datilógrafo, por exemplo, e em um acidente inutiliza ambas as mãos, e a entidade à qual pertença não tem cargo para onde readaptá-lo de modo eficiente, patenteia-se absolutamente sem sentido a concessão da licença prévia à aposentadoria daquele servidor; esse jamais terá condição de reassumir seu antigo cargo, ainda que a licença seja de duzentos meses.

Servidor algum, entretanto, é prejudicado por não ter concedida a aposentadoria imediatamente, e dessa forma, por imposição legal que em nenhuma hipótese prejudica, precisará a Administração observar a exigência constante deste § 2º do art. 188.

O § 3º apenas indica uma consequência lógica do atraso, por parte da Administração, em publicar o ato de aposentadoria enquanto o servidor está licenciado: considera-se esse tempo mera prorrogação da licença, sem qualquer alteração, para todos os efeitos.

Sobre a matéria, v. Orientação Normativa n. 99 do DRH da SAF.

Os §§ 4º e 5º, acrescidos pela Lei n. 11.907, de 2-2-2009 (resultante da conversão da MP n. 441, de 29-8-2008), impuseram maior condicionamento à manutenção da aposentadoria por invalidez do servidor.

O § 4º fixa, de maneira que pode ser tida até mesmo como desnecessária pela aparente obviedade da regra que pretende impor, que as licenças, de até 24 meses, que obrigatoriamente antecedem a concessão de aposentadoria por invalidez ao servidor, terão de ser motivadas pela mesma enfermidade que, se mantida após a licença, ensejará a aposentação. Ora, alguém imaginaria

diferente, ou seja, conceder licença ao servidor por tuberculose, e na sequência dessa licença aposentá-lo por espondiloartrose anquilosante, ou por outra doença que não ensejou a licença? Ou, de outro modo, alguém supõe que o servidor, em atitude descarada, venha a pleitear algo assim?

Dificilmente ocorre, na imaginação de quem não vive dentro do serviço público e embrenhado nesse específico setor, alguma possibilidade de que um tal impasse venha a ocorrer, porém como *a necessidade é a mãe das invenções*, o Executivo federal há de ter tido suas razões para deste modo inserir na L. 8.112 esta regra. Precedentes de uma tal situação — no mínimo esdrúxula — devem ter ocorrido no serviço público federal, a justificar esta "vacina", que no mais é absolutamente compreensível, no texto da lei.

O § 5º ampliou o direito da Administração e restringiu o direito do servidor licenciado para tratamento de saúde ou aposentado por invalidez, com relação ao direito anterior. Estabeleceu que, a exclusivo critério e talante da Administração, e a qualquer tempo, esse servidor poderá ser convocado para avaliação das circunstâncias que ensejaram a licença ou a aposentação.

Basta, portanto, a partir desta modificação da L. 8.112, que a Administração resolva convocar seu servidor licenciado ou aposentado por invalidez, seja qual for o tempo decorrido desde que se aposentou ou licenciou (dez anos, ou vinte e dois anos, por exemplo), para que com isso o obrigue a apresentar-se e submeter-se aos testes. Isto, naturalmente, se puder locomover-se, ou de outro modo esse ônus de examinar transfere-se à Administração, mesmo que a lei nada diga sobre isso, onde estiver localizado o servidor.

Ainda que custe a crer que apenas tão recentemente a União pensou em algo assim para inserir na sua lei estatutária, não se vislumbra inconstitucionalidade na regra uma vez que não se pode imaginar algum "direito adquirido a, a partir de dado tempo de afastado do serviço ativo, não mais ser submetido a testes de saúde" em favor de servidor algum aposentado ou, mais evidentemente ainda, apenas licenciado. Parece legítimo o dispositivo, em se tratando de algo

potencialmente mutável ou transitório como o são as condições de saúde — ou de ausência de saúde — que ensejam as infinitas variedades de aposentação por invalidez. Insiste-se na questão do aposentado, porque quanto ao licenciado esta regra do § 5º já era implícita no direito aplicável.

O que por fim a lei não diz, mas é evidente ante o texto constitucional, art. 40, II, é que o servidor efetivo não mais poderá retornar ao serviço ativo a partir do dia em que completar 70 anos, e esse constitui um natural limite constitucional à eficácia deste § 5º.

Registre-se o seguinte acórdão da mais alta corte, a anotar que *o decurso de prazo em situações irregulares pode ensejar a regularidade*, diversamente do que é propalado com boca muito fácil: Mandado de Segurança n. 27039 — DF — Medida Cautelar no Mandado de Segurança, relator Min. Celso de Mello, j. 5-12-2007, publ. *DJe* 159, 11-12-2007:

"Há, nesta impetração, um fundamento que me parece relevante e que se apoia no princípio da segurança jurídica, considerado o decurso, na espécie, de mais de 9 (nove) anos entre o ato concessivo de aposentadoria (20-11-1997 – fls. 13) e a recusa do respectivo registro pelo E. Tribunal de Contas da União (12-9-2007 – fls. 15/22). A fluência de tão longo período de tempo culmina por consolidar justas expectativas no espírito do administrado (servidor público, no caso) e, também, por incutir, nele, a confiança da plena regularidade dos atos estatais praticados, não se justificando ante a aparência de direito que legitimamente resulta de tais circunstâncias — a ruptura abrupta da situação de estabilidade em que se mantinham, até então, as relações de direito público entre o agente estatal, de um lado, e o Poder Público, de outro.

Cumpre observar, neste ponto, que esse entendimento — que reconhece que o decurso do tempo pode constituir fator de legitimação e de estabilização de determinadas situações jurídicas — encontra apoio no magistério da doutrina (Almiro do Couto e Silva, "Princípios da Legalidade e da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo", in *RDP* 84/46-

63; Weida Zancaner, *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, p. 60-61, item n. 3.4, 2. ed., 2ª tir., Malheiros, v.g.).”

Art. 189. O provento da aposentadoria será calculado com observância do disposto no § 3º do art. 41, e revisto na mesma data e proporção, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade.

Parágrafo único. São estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidas aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes de transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria.

I

Este artigo, que reproduzia na íntegra, com seu parágrafo único, o § 4º do art. 40 da Constituição, anteriormente ao advento da EC n. 41/2003, está atualmente prejudicado em face da alteração daquele dispositivo constitucional, que pela referida EC n. 41 passou a ser o § 8º do art. 40, com a seguinte redação: “§ 8º É assegurado reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei”.

Assim, observada a exceção que a seguir se expõe, será apenas a lei federal, para os servidores federais, o diploma competente para indicar de que modo e em quanto os benefícios previdenciários do servidor federal serão reajustados, não mais prevalecendo a antiga regra legal deste artigo, ditada como era pela Constituição sob forma anterior à EC n. 41/2003.

A exceção a isso acima afirmado vem dada pelo art. 7º, da EC n. 41/2003, que determina a revisão na mesma proporção da concedida aos ativos, dos benefícios previdenciários — aposentadorias e pensões — que já estavam sendo fruídos pelos servidores públicos, dentre os quais os federais regidos pela L. 8.112, na data de publicação daquela EC, ou seja, 20-12-2003; para estes valem ainda, por mero acaso, as regras deste art. 189, *caput* e parágrafo único.

Mas não é só, pois dispõe ainda o art. 7º da EC n. 41/2003 que os servidores que se aposentarem pelas regras do art. 40 anteriores à publicação da EC n. 41/2003 — como o art. 3º desta EC n. 41/2003 permite — também serão beneficiários da revisão, paritária com a dos ativos, de seus benefícios de aposentadoria e, dela decorrentes, também de pensão.

Trata-se essa dúplice exceção, portanto, da atenuação da dureza das novas regras da EC n. 41/2003, ao menos para os que já fruíam aposentadorias e pensões anteriormente, e ainda para os que possam ou tenham podido optar por aposentar-se pelas regras anteriores.

II

Nas duas exceções mencionadas, e apenas nelas, a lei aqui estabeleceu, autorizada pela Constituição, verdadeira vinculação entre a remuneração dos servidores ativos e os inativos, dispondo que, sempre que os ativos forem majorados, na mesma data e razão também o serão os inativos ou pensionistas, em comando de inteligência meridianamente objetiva.

Quanto apenas àquelas duas exceções à do § 8º do art. 40 da Constituição, dadas pelo art. 7º da EC n. 41/2003, o mesmo percentual dado como aumento aos ativos precisa automaticamente ser aplicado aos inativos e pensionistas, a teor da Constituição Federal, que prevalece sobre a redação deste artigo.

E, ainda dentro daquelas exceções à incomunicabilidade de aumentos e de vantagens, da mesma forma que os aumentos de vencimentos, também as *vantagens* criadas para os ativos, a qualquer tempo após o evento da L. 8.112, precisam necessariamente ser estendidas aos inativos e pensionistas abrigados pelas exceções constitucionais, sempre que a hipótese for materialmente possível — porque às vezes não é.

Essa orientação, constante atualmente apenas das exceções à regra paralisante do § 8º do art. 40 constitucional, inverteu o sentido de uma Súmula do Supremo Tribunal Federal, n. 38, pois manda “reformar” também os

proventos dos aposentados e dos pensionistas, na medida em que a lei reforme os vencimentos básicos do pessoal ativo, reclassificando ou alterando valor ou referência de seus cargos.

Qualquer transformação imposta a cargo da ativa, com a consequente transformação de sua remuneração, precisa refletir no equivalente cargo com o qual algum inativo se aposentou no passado, dentro das duas exceções até aqui referidas.

Essa regra, aparentemente simples de ser executada, pode-se revelar, como já se observou, impraticável, por exemplo, na hipótese de ter sido extinto um antigo cargo onde algum servidor se tenha aposentado, sem que se tenha criado qualquer outro semelhante na ativa. Não haverá, nesse caso, qualquer extensividade possível da modificação, reforma ou reclassificação de qualquer cargo ativo, para a situação de aposentado em cargo extinto e atualmente dissemelhado de qualquer cargo existente.

A lei, evidentemente, não pode obrigar o intérprete, nem a autoridade que a executa, a aplicações impossíveis, limitando-se a eficácia do dispositivo a situações que materialmente a permitam.

Foi expedida a Orientação Normativa n. 30, pelo DRH da SAF, a propósito desta questão.

> *Art. 190. O servidor aposentado com provento proporcional ao tempo de serviço se acometido de qualquer das moléstias especificadas no § 1º do art. 186 desta Lei e, por esse motivo, for considerado inválido por junta médica oficial passará a perceber provento integral, calculado com base no fundamento legal de concessão da aposentadoria. (Redação dada pela Lei n. 11.907, de 2-2-2009.)*

Este artigo pratica caridade com o dinheiro público, de maneira, ainda que meritória sob o ponto de vista humano, absolutamente despropositada dentro do

prisma jurídico. Modifica ato jurídico perfeito, em benefício de uma das partes e em prejuízo do erário.

Estabelece o artigo que todo servidor que tenha sido aposentado com proventos proporcionais ao tempo de serviço (e isso ocorre em algumas hipóteses constitucionais) e que venha a adquirir alguma das moléstias previstas no § 1º do art. 186 da L. 8.112 terá, como num passe de mágica, miraculosamente ampliados os seus proventos de aposentado, de parciais que eram para integrais.

A Lei n. 11.907/2009 alterou o direito anterior para pior, pois antes o artigo informava simplesmente que o aposentado passaria a receber provento integral, ou seja, o valor correspondente ao seu vencimento na ativa, o que pode ser pródigo com o erário mas é compreensível.

Agora, além de pródigo tornou-se pouco compreensível, porque informa que o novo valor, a ser recebido pelo até então aposentando por tempo de serviço, será *integral*, porém calculado com base no fundamento da aposentadoria — e surge a dúvida: qual delas, a por tempo de serviço ou a por invalidez? Se for a por tempo de serviço nenhum sentido faz o dispositivo, porque o seu fundamento não remete necessariamente a provento integral mas a provento devido por *tempo de serviço*, ou *tempo de contribuição*, e se disso não resultar provento integral então por que razão a lei mencionou “calculado com base no fundamento legal da concessão da aposentadoria”? Sem sentido a novidade.

Se por outro lado a lei refere-se ao fundamento da aposentadoria por invalidez, e se essa invalidez se deu por moléstia que já na atividade ensejaria aposentadoria integral ao servidor — ou seja, aqueles eventos enumerados no art. 186, § 1º —, então por que a menção a isso na lei? Se de parcial que era, a aposentadoria passa a ser integral porque o aposentado adquiriu doença que se estivesse na ativa lhe daria aposentadoria com provento integral, então por que a lei precisou modificar-se para dizer isso, que já era óbvio e forçado?

Seja como for, além de rigorosamente inútil a Lei n. 11.907/2009 nesta

modificação do art. 190, estes dispositivos fazem por ignorar que a aposentadoria é um ato jurídico perfeito e acabado, que quita reciprocamente quaisquer obrigações ou pendências porventura existentes entre a Administração e o aposentado, aperfeiçoando-se inteiramente quando de sua concessão.

Se a aposentadoria é um ato jurídico perfeito, deve ficar isenta e afastada de qualquer modificação posterior, por mais grave ou relevante que seja a causa, e salvo se por expressa determinação constitucional.

Aqui a L. 8.112 interferiu num ato jurídico aperfeiçoado no passado para, em detrimento do erário, beneficiar uma das partes envolvidas, o servidor público. Observe-se que a aquisição da moléstia prevista na lei ocorreu, nesse caso, quando o cidadão não mais detinha a condição de servidor, tendo-se afastado do serviço por ocasião da aposentadoria; o vínculo que mantinha era apenas o de receber seus proventos, e nenhum outro mais.

Parece, dessa forma, pródigo o artigo, contrariando princípios inarredáveis de administração — ainda que, repita-se, provido de evidente cunho assistencial, sem embargo excessivo para com o erário.

Sobre essa questão já decidiu o TRF-2ª Região: "O art. 190 da Lei n. 8.112/90 concede ao servidor, acometido por qualquer uma das doenças elencadas no § 1º do art. 186, o direito de aposentar-se com proventos integrais. Todavia, não determinou o referido diploma legal o pagamento das diferenças devidas entre o *quantum* integral e o que recebia a título de aposentadoria proporcional, desde a verificação da enfermidade. Ademais, o instituto-apelado, face à prova da doença da requerente, em nenhum momento se negou a modificar a natureza da aposentadoria proporcional para a integral, conforme estatui o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis Federais. Apelo improvido" (AC n. 151.468-RJ, 2ª Turma, *DJ*, 26-10-2000).

E, já que este acórdão tangenciou o assunto, a ninguém é dado imaginar que a transformação de provento parcial em integral terá efeito retroativo à data da concessão da primeira aposentadoria por tempo de contribuição, porque a lei

dispõe para o futuro, salvo quando expressamente o disser, e nada disse a esse respeito ou nesse sentido de retroação, projetando-se apenas para o futuro, a partir da transformação de parcial em integral o provento.

Art. 191. Quando proporcional ao tempo de serviço, o provento não será inferior a 1/3 (um terço) da remuneração da atividade.

Este dispositivo, se é que era constitucional, tornou-se inconstitucional com as alterações ao art. 40 da Constituição, pois interfere diretamente no cálculo do valor dos proventos de aposentadoria de servidores efetivos *sem nenhuma autorização constitucional para tanto*. A Constituição *dita regras* para aquele cálculo de proventos, e em nenhuma delas permite, nem dá lugar para, essa liberalidade legal.

Com efeito, compulsando-se todo o art. 40 da Carta, com a redação de após a EC n. 47/2005, não se depara o leitor com nenhum dispositivo que permita à Administração federal praticar essa liberalidade com o dinheiro público que administra, em favor do servidor regido pela L. 8.112.

Existem hipóteses em que, pela Constituição, o servidor deve ser aposentado com os proventos proporcionalmente calculados segundo as regras constitucionais, sendo que por vezes isso indica valores menores que um terço do vencimento-referência para a aposentadoria. Assim, não se vislumbra qual a autorização constitucional para o excesso de despesa, provocado por cálculo diverso, como este artigo prescreve.

Por falta, portanto, de observância à regra da *legalidade da despesa pública*, sempre que produzir efeitos práticos este artigo os produzirá inconstitucionais, com afronta ao art. 37 — princípio da legalidade da despesa pública, repete-se — da Carta.

Um servidor com três anos de exercício, para exemplificar, acometido de moléstia não prevista no § 1º do art. 186, pela Constituição deve passar à

inatividade com proventos relativos não ao valor resultante da conta 3/número de anos que precisaria trabalhar para aposentar-se integralmente, e não com um terço da integralidade do vencimento — é o que se defende.

Trata-se de outra regra eminentemente assistencialista, bastante pródiga com o erário e que indica, outra vez, o caráter fortemente assistencial de toda a L. 8.112, ainda em certos pontos, como aqui, protetiva ao servidor.

Mas o que é pior, tenha-se sempre presente, é sua inconstitucionalidade absoluta, sempre que for eficazmente exercitada — o que se explica por mera *desatualização* da lei.

Art. 192. (Revogado pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

Disséramos em edições anteriores, dentre mais imprecações sobre este artigo:

"O vergonhoso dispositivo estabelece que o servidor que simplesmente conte tempo de serviço para aposentar-se com provento integral terá, ao aposentar-se, mais do que isso, ou seja, a premiação com um padrão imediatamente superior ao da classe onde se encontre, e no caso de ser o aposentado ocupante da última classe da carreira merecerá a remuneração respectiva acrescida da diferença entre essa e o padrão da classe imediatamente anterior.

O malabarismo que o parlamentar brasileiro concebeu para dar dinheiro público a quem deixou de ser servidor, dinheiro esse que o ativo não recebe, foi de uma imaginação prodigiosa. A moralidade do dispositivo seria incomentável, se existisse".

Eis que, por outra coincidência ou não, o dispositivo foi, em excelente hora, revogado pela Lei n. 9.527/97, que nesse passo somente merece elogio.

Art. 193. (Revogado pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

Art. 194. Ao servidor aposentado será paga a gratificação natalina, até o dia 20 (vinte) do mês de dezembro, em valor equivalente ao respectivo provento, deduzido o adiantamento recebido.

Gratificação natalina é matéria dos arts. 63 a 66, para os servidores ativos. Corresponde ao direito social, constitucional, do servidor, garantido pela Carta, art. 7º, VIII, e art. 39, § 3º.

Este art. 194 bem poderia constar daquela Subseção da L. 8.112, porém aqui apenas indica a data em que o servidor aposentado a receberá, desse pagamento sendo-lhe deduzida qualquer parcela paga adiantadamente.

Outra vez a L. 8.112 parece, curiosamente, privilegiar aposentados com relação a ativos, uma vez que dos arts. 63 a 66 não consta a possibilidade de o ativo receber gratificação natalina adiantadamente, antes de 20 de dezembro; mas ao aposentado a lei dá a entender que esse pagamento parcelado, antecipado, é possível.

Art. 195. Ao ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas, durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei n. 5.315, de 12 de setembro de 1967, será concedida aposentadoria com provento integral, aos 25 (vinte e cinco) anos de serviço efetivo.

Neste passo a L. 8.112 apenas repete o disposto no art. 53, V, do ADCT da Constituição Federal.

A Lei n. 5.315, de 12-9-1967, regulamentou, a seu tempo, o art. 178 da Constituição de 1946.

Este art. 195 é absolutamente inócuo, e a obrigação existiria para a Administração federal, com ou sem essa previsão.

Compete ao ex-combatente fazer prova de que participou efetivamente das operações bélicas, na forma prevista pela lei federal referida. Demonstrando-o,

merecerá o privilégio do tempo de serviço reduzido em relação ao servidor que não haja combatido durante a guerra, na forma da Constituição Federal.

Seção II

DO AUXÍLIO-NATALIDADE

Art. 196. O auxílio-natalidade é devido à servidora por motivo de nascimento de filho, em quantia equivalente ao menor vencimento do serviço público, inclusive no caso de natimorto.

§ 1º Na hipótese de parto múltiplo, o valor será acrescido de 50% (cinquenta por cento), por nascituro.

§ 2º O auxílio será pago ao cônjuge ou companheiro servidor público, quando a parturiente não for servidora.

Toda servidora regida pela L. 8.112 que venha a ter filho perceberá, a título de auxílio-natalidade, que é um benefício previdenciário, o valor equivalente ao menor vencimento pago a servidor regido por essa lei. Caso seja natimorto o filho da servidora, mesmo assim merecerá ela o benefício.

A propósito do artigo o DRH da SAF expediu as Orientações Normativas n. 22 e 87. A primeira discrimina como pode a servidora provar o nascimento de seu filho, e isto o fará através de apresentação de cópia da certidão de nascimento, independendo de requerimento a concessão do benefício.

A Orientação Normativa n. 87, por outro lado, estabelece, de modo absolutamente casuístico e apenas para o momento, qual a referência, prevista em lei federal, que servirá como base para a fixação do valor do benefício de que trata este artigo.

Caso a servidora dê à luz gêmeos, em qualquer quantidade, além de 100% do valor do maior vencimento que merecerá em razão do primeiro filho, cada um dos seus irmãos ensejará o pagamento de 50% a mais do valor do benefício.

A lei curiosamente fala em nascituro, uma vez que nascituro é um ser que ainda está por nascer. Como o benefício somente será pago após a apresentação da certidão de nascimento, carece de qualquer sentido aquela menção, uma vez que, quando pago o benefício, supostamente nenhum nascituro restará por nascer.

O § 2º deste artigo não tem sentido. É simplesmente absurdo, pois renega o *caput* sem abrir expressamente exceção. Afirma que quando a parturiente não for servidora o auxílio será pago ao seu cônjuge; mas, pelo *caput*, quando a parturiente não for servidora ela simplesmente não receberá o auxílio-natalidade.

Apenas servidora pública tem direito a auxílio-natalidade. Não sendo servidora, mulher alguma poderá beneficiar-se desse direito. Com isso, este § 2º, que parece ter sido acrescentado ao texto do artigo por algum brincalhão em momentâneo descuido do autor, não tem a menor condição de se manter vigente, coerentemente com o *caput*.

Seção III

DO SALÁRIO-FAMÍLIA

Art. 197. O salário-família é devido ao servidor ativo ou ao inativo, por dependente econômico.

Parágrafo único. Consideram-se dependentes econômicos para efeito de percepção do salário-família:

I - o cônjuge ou companheiro e os filhos, inclusive os enteados até 21 (vinte e um) anos de idade ou, se estudante, até 24 (vinte e quatro) anos ou, se inválido, de qualquer idade;

II - o menor de 21 (vinte e um) anos que, mediante autorização judicial, viver na companhia e às expensas do servidor, ou do inativo;

III - a mãe e o pai sem economia própria.

I

Salário-família é outro benefício previdenciário devido ao servidor federal, mas cujo valor a L. 8.112 não fixou, e que posteriormente veio a ser fixado pela EC n. 20/98, art. 13. Deveria aplicar-se à espécie a previsão do parágrafo único do art. 184, que remete a regulamento a fixação de condições como esta, para pagamento de benefícios aos servidores. Outra vez a técnica foi deficiente e inexplicável, uma vez que apenas esse benefício não foi valorado expressamente na lei.

Mas foi *o corpo permanente de uma emenda constitucional* — que espantosamente no Brasil passou a ditar também o direito —, pois no seu art. 13 a EC n. 20/98 fixou provisoriamente o valor da renda mensal máxima que permite ao trabalhador receber esse benefício, aí se enquadrando também o servidor público.

Valor de benefícios é matéria que deveria ficar reservada à lei, não devendo essa despesa pública ser objeto de mero ato regulamentar, como tem sido em nosso país. Sim, porque aquele valor constitucional originário vem sendo atualizado permanentemente por atos do INSS, entretanto.

Qualquer dependente econômico de servidor federal merecerá o salário-família, se perceber no máximo o valor da renda mensal atualizado — e isso quase não ocorre no serviço público federal, uma vez que a renda mensal dos servidores federais, felizmente para eles, dificilmente se enquadra naquele pequeno valor.

II

O parágrafo único deste artigo para esse fim relaciona quais sejam eles, enumerando expressamente o cônjuge, o companheiro, os filhos, os enteados até 21 anos, ou se estudantes até 24, ou se inválidos os de qualquer idade; o menor de 21 anos que viva a expensas do servidor, e, por fim, a mãe e o pai que não disponham de economia própria.

Trata-se de uma lista também taxativa, que não admite ampliação, e parece inexistir interferência das novas regras do Código Civil de 2002 sobre a questão da maioridade e da menoridade civil, divididas pelo atingimento da idade de dezoito anos. Quando o inc. II do parágrafo único menciona “menor de 21 anos”, isso pode ser lido como a pessoa que tenha menos que essa idade, e não o menor de idade civil.

Todos os meios de prova da condição de dependência, conforme a descrição legal, devem ser aceitos pela Administração. Não pode esta, entretanto, aceitar alegações verbais ou simples declarações, desprovidas de indícios materiais comprobatórios. Não é possível à Administração proceder de modo informal em casos como tais, para não onerar ainda mais o erário; precisa certificar-se de modo pleno da existência do dependente econômico, antes de pagar ao servidor o benefício previsto no artigo.

Observe-se por fim que a lei exclui da possibilidade de configurar-se dependente econômico tanto o padrasto quanto a madrasta do servidor, não restando autorizada a interpretação ampliativa do inc. III do parágrafo único, que por certo acarretaria efeito indesejado pelo legislador.

Sobre o tema assim já decidiu o STJ que: “Não se conhece de recurso especial interposto com intuito de negar dependência econômica, sobejamente comprovada nos autos, ao argumento de inexistir declaração expressa da beneficiária. Incide à espécie a Súmula n. 7-STJ” (REsp n. 228.510-PE, 5ª Turma, *DJ*, 22-11-1999).

Art. 198. Não se configura a dependência econômica quando o beneficiário do salário-família perceber rendimento do trabalho ou de qualquer outra fonte, inclusive pensão ou provento da aposentadoria, em valor igual ou superior ao salário mínimo.

O salário mínimo, nacionalmente unificado e atualizado anualmente por lei,

é o divisor de águas entre o dependente e o independente econômico, com relação ao servidor.

Não se considera dependente qualquer pessoa vinculada ao servidor que perceba ao menos um salário mínimo como renda mensal, provenha essa renda de qualquer fonte; por exclusão, apenas será dependente aquele que não consiga perceber aquela importância por mês.

Basear-se-á a Administração, naturalmente, em declaração do servidor ou do próprio dependente quanto à sua caracterização como tal. Havendo qualquer indício de fraude, precisará a Administração diligenciar no sentido de confirmar ou desmentir a alegada dependência, uma vez que esse ônus, por razão lógica, sempre cabe a esta última na hipótese.

Art. 199. Quando pai e mãe forem servidores públicos e viverem em comum, o salário-família será pago a um deles; quando separados, será pago a um e outro, de acordo com a distribuição dos dependentes.

Parágrafo único. Ao pai e à mãe equiparam-se o padrasto, a madrasta e, na falta destes, os representantes legais dos incapazes.

Outra vez a fraca técnica redacional impede uma clara compreensão do texto da lei. Não resta perfeitamente esclarecido se, quando tanto o pai ou a mãe de dependente econômico forem servidores, o benefício será pago a ambos, proporcionalmente ao número de dependentes que cada qual mantenha ou guarde, ou se cada qual merecerá, em razão de ter dependente econômico sob sua guarda, um salário-família integral.

Parece correta a primeira interpretação, que indica ratear-se o valor de um único salário-família entre pai e mãe que guardem dependentes, na razão e na proporção do número que cada qual mantém sob sua guarda. Tudo isso afirmado vale para o caso de pai e mãe serem separados, uma vez que, se viverem em comum, apenas a qualquer deles será pago o valor integral do salário-família.

Para a hipótese deste artigo, e apenas aí, equiparam-se padrasto e madrasta ao pai e à mãe, ou seja: padrasto e madrasta podem receber salário-família, em razão de terem dependentes econômicos; não podem, entretanto, figurar no outro lado da relação, recebendo salário-família por serem dependentes econômicos de servidor. Esta distinção precisa ficar evidente, para efeito de correta aplicação do art. 197.

Também os representantes legais dos incapazes, sendo servidores públicos, merecerão salário-família em razão da representatividade dos dependentes. A prova daquela representação há de ser produzida e aceita pela Administração, pelos meios ordinários de direito.

Art. 200. O salário-família não está sujeito a qualquer tributo, nem servirá de base para qualquer contribuição, inclusive para a Previdência Social.

Dispôs este artigo que não incidirá qualquer tributo, nem mesmo de natureza previdenciária, sobre o valor, pago a servidor, a título de salário-família. Como se trata da União legislando para ela própria, em lei federal de âmbito nacional, é legítima essa previsão, devendo a legislação tributária federal observá-la integralmente (ou, naturalmente, revogá-la...).

Desse modo, imposto de renda ou eventuais cálculos previdenciários, para contribuição a outras entidades previdenciárias que não a própria do servidor regido pela L. 8.112, não poderão jamais incidir sobre os valores pagos na forma desta Seção.

Art. 201. O afastamento do cargo efetivo, sem remuneração, não acarreta a suspensão do pagamento do salário-família.

Nas raras hipóteses em que for devido por razão de renda do servidor,

observa-se que o salário-família adere fortemente ao pagamento do servidor que o recebe, e nem mesmo o afastamento desse servidor de seu cargo efetivo, ainda que sem remuneração, acarreta a suspensão do seu pagamento. Mesmo afastado sem remuneração, portanto, mantém-se íntegro o direito do servidor a continuar percebendo o benefício.

A falta de maior discriminação na lei, qualquer afastamento, motivado por qualquer causa, enquadra-se na hipótese do artigo, não permitindo a suspensão do benefício ao servidor afastado.

Devido à natureza eminentemente social e protetiva desse benefício, a lei tem foros de considerá-lo até, sob certo ponto de vista, preponderante sobre o vencimento básico do servidor, que pode ser suspenso enquanto não o pode o pagamento do benefício previdenciário.

Seção IV

DA LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE

Art. 202. Será concedida ao servidor licença para tratamento de saúde, a pedido ou de ofício, com base em perícia médica, sem prejuízo da remuneração a que fizer jus.

Quando adoece o servidor pode requerer licença, sem prejuízo da remuneração integral, para tratar de sua saúde. Caso adoeça e não a requeira, pode mesmo a Administração requerê-la por ele. Existem com efeito casos de servidores adoentados, acometidos de moléstias mais ou menos graves, e de natureza diversa, que preferem manter-se em exercício, não se afastando do cargo.

Nem sempre, entretanto, a Administração entende conveniente o trabalho diário desse servidor, também por razão variável conforme seja o mal de que padeça. Nesses casos ela determina que o servidor entre em licença, mas para

isso precisará, antes, obter laudo pericial médico que ateste a necessidade ou a conveniência do afastamento.

Não parece possível ao servidor opor-se à realização do exame médico, desde que requerido pela Administração. Recusar-se a esse exame pode até mesmo configurar-se em ato de insubordinação, sujeito às penalidades trazidas na própria lei.

O dispositivo é bastante meritório, de resto, e somente merece elogio.

Sobre a matéria a SAF expediu as Orientações Normativas n. 42 e 99.

Art. 203. A licença de que trata o art. 202 desta Lei será concedida com base em perícia oficial. (Redação dada pela Lei n. 11.907, de 2-2-2009.)

§ 1º Sempre que necessário, a inspeção médica será realizada na residência do servidor ou no estabelecimento hospitalar onde se encontrar internado.

§ 2º Inexistindo médico no órgão ou entidade no local onde se encontra ou tenha exercício em caráter permanente o servidor, e não se configurando as hipóteses previstas nos parágrafos do art. 230, será aceito atestado passado por médico particular. (§ 2º com redação dada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

§ 3º No caso do § 2º deste artigo, o atestado somente produzirá efeitos depois de recepcionado pela unidade de recursos humanos do órgão ou entidade.

§ 4º A licença que exceder o prazo de 120 (cento e vinte) dias no período de 12 (doze) meses a contar do primeiro dia de afastamento será concedida mediante avaliação por junta médica oficial. (Redação dos §§ 3º e 4º dada pela Lei n. 11.907, de 2-2-2009.)

§ 5º A perícia oficial para concessão da licença de que trata o caput deste artigo, bem como nos demais casos de perícia oficial previstos nesta

Lei, será efetuada por cirurgiões-dentistas, nas hipóteses em que abranger o campo de atuação da odontologia. (§ 5º incluído pela Lei n. 11.907, de 2-2-2009.)

I

Este artigo foi modificado pela Lei n. 9.527/97, que alterou os anteriores §§ 2º e 3º e acresceu ao texto o § 4º. Depois foi alterado também pela Lei n. 11.907/2009, que modificou o *caput* e os §§ 3º e 4º, e incluiu o § 5º.

O *caput* foi simplificado com relação ao direito anterior, para fixar apenas que a licença ao servidor para tratar de sua saúde (art. 202) será concedida com base em perícia oficial, e ponto final. Independentemente da duração, a regra é apenas essa, podendo ocorrer a perícia por junta médica ou por médico singular conforme a Administração determine e a circunstância do momento recomende. Mais simples do que deste modo o *caput* não poderia ser.

São sempre médicos oficiais, ou oficialmente designados, os competentes para atestar doenças de servidor. Podem evidentemente existir em algumas localidades repartições federais que não possuam médicos. Neste caso, bastará à Administração designar oficialmente uma junta de médicos particulares, que fará as vezes, sem prejuízo para os fins da lei, da junta médica oficial inexistente e inviável na localidade.

Não se poderá interpretar com excessivo rigor a determinação de que os médicos sejam todos servidores públicos, ou fatalmente se prejudicará o direito do servidor à licença, o que é inadmissível quer do ponto de vista formal, quer principalmente sob o aspecto funcional.

Pelo § 1º da lei, visando tornar exequível ao máximo a realização do indispensável exame médico do servidor que se pretenda afastar, a Administração deverá determinar, conhecendo a dificuldade de locomoção para o servidor, e sempre que necessário e materialmente possível, seja o exame realizado na própria residência do servidor, ou no estabelecimento onde se

encontre internado.

O evidente propósito humanístico aí contido traduz-se também em demonstrável necessidade material, ou de outra forma exame algum poderia ser realizado, sempre que o servidor se ache imobilizado n'alguma localidade afastada da repartição.

II

O § 2º, alterado pela Lei n. 9.527/97, fixa que, (I) em não sendo aplicáveis os parágrafos do art. 230 — que a seu tempo serão comentados —, e (II) se não existirem médicos oficiais na repartição onde *permanentemente* sirva o servidor, seja o atestado oficial substituído pelo de médico particular.

Não vale a regra excepcional se o exercício do servidor, na repartição onde adoeceu, seja eventual, temporário ou transitório, mas somente se for permanente, como natural rotina de seu cargo.

O § 3º, também bastante simplificado pela Lei n. 11.907/2009 com relação à forma anterior, estabelece que o atestado a que se refere o § 2º, emitido por médico particular, somente produzirá efeito após recepcionado pela unidade de recursos humanos do órgão ou entidade onde trabalhe o servidor, seja qual for. Somente assim produzirá os efeitos que o atestado oficial teria originariamente.

Trata-se de um cuidado que a lei impôs à Administração para permitir-lhe maior garantia ou certeza da existência dos motivos ensejadores do afastamento, afinal tão oneroso para a União. Tal não pode propiciar, entretanto, excessiva demora para a apreciação do quadro clínico apresentado pelo servidor, ou se veria baldada outra vez a intenção legitimamente protetiva da lei, tardando-se a concessão do direito eugênico.

O § 4º, acrescido pela Lei n. 9.527/97, e depois novamente alterado pela Lei n. 11.907/2009, estabelece, sem muita clareza, que a licença que exceder 120 dias dentro do período de doze meses, a contar do primeiro dia de afastamento, será concedida mediante avaliação por junta médica oficial.

A única leitura possível parece ser a de que nenhuma licença por mais de 120 dias pode ser concedida por médico singular, oficial ou particular, exigindo desde logo junta médica. Se alguma for concedida por menos tempo que 120 dias e por médico singular, oficial ou particular, no caso de sua prorrogação, que faça exceder 120 dias, somente poderá ser deferida por junta médica, e não mais por médico singular.

Se de fato esse é o direito, torna-se compreensível, pois tal situação de prolongado licenciamento do servidor para trato da saúde deve começar a preocupar a Administração sobre a capacidade ou a suficiência física do mesmo servidor para o desempenho de seu cargo, daí a cautela legal de exigir a atestação por não menos que junta médica oficial e não mais apenas pela substitutiva certificação particular, que, em dada altura, poderia inclusive começar a parecer suspeita, mesmo que a atestação fosse dada por médico oficial singular.

O § 5º, incluído pela Lei n. 11.907/2009, dá o que pensar com relação ao direito anterior, e mesmo com relação ao tradicional direito estatutário de servidores, alertando que licenças concedidas por problemas odontológicos serão deferidas por dentistas, e não por outra espécie de profissional da saúde. É absolutamente óbvio o mandamento, porém indaga-se se *apenas agora, em 2009, o legislador pensou nisso,* ou, em outras palavras, como ocorria no passado? Médicos por acaso deferiam licenças devidas por questões de odontologia? Será crível algo assim?

Sem indagar mais, o que parece evidente é que mesmo antes de esta regra vir expressamente escrita na lei, o direito já devia ser esse mesmo, o de odontólogos licenciarem servidores por causas odontológicas, e médicos por outras questões de saúde, não pertencentes a outros ramos específicos das ciências biológicas, sobretudo de profissões disciplinadas por legislação federal, como é o caso da odontologia.

Friamente, se um médico conceder licença odontológica, parecerá que com

esse ato estará até mesmo a *violar reserva legal de exercício profissional*, ou seja, um campo de atuação privativo àqueles habilitados na profissão específica, neste caso odontólogos, ou dentistas — e desse modo, se isso é verdade, mesmo antes de existir este § 5º, o direito já *tinha de ser* esse mesmo, ora declarado.

Nada resulta mais necessário e forçado, porém apenas com o advento da Lei n. 11.907/09 é que se tem ensejo de refletir sobre o assunto, até para concluir que, tal qual aqui, diversos temas da L. 8.112 devem ensejar aplicações do direito *que não expressamente admitidas no texto legal*, mas que são forçadas por outros regramentos jurídicos e mesmo pela simples e primitiva lógica das instituições.

> *Art. 204. A licença para tratamento de saúde inferior a 15 (quinze) dias, dentro de 1 (um) ano, poderá ser dispensada de perícia oficial, na forma definida em regulamento. (Redação dada pela Lei n. 11.907, de 2-2-2009.)*

A redação deste artigo, dada pela Lei n. 11.907/2009, *nada tem com a redação anterior* do dispositivo. Tudo se alterou, e quem tiver em mente o direito anterior recicle-se para reiniciar do zero.

Prevê apenas, em primeiro momento parecendo elogiavelmente desburocratizante e simplificador, que é dispensável a perícia médica para licenças de saúde inferiores a 15 dias dentro de um ano, do modo como sobre isso dispuser um regulamento.

Iniciando a leitura pelo fim, o dispositivo tem sua eficácia contida até a edição de um regulamento — seguramente um decreto do Executivo para o seu âmbito e o das entidades institucionalmente vinculadas ao Executivo, podendo ser materializado por outros atos nos demais Poderes —, o qual, em princípio e como regra geral, não poderá dispor diferentemente do que já diz a lei, mas apenas complementá-la no que faltou dizer, sobretudo para indicar os modos de

sua plena e perfeita execução, já que para isso existem os regulamentos.

O regulamento disporá sobre condições em que se dará a dispensabilidade da perícia, em oposição a situações em que, mesmo inferior a 15 dias dentro de um ano, a perícia poderá ser declarada necessária. Sim, porque, inobstante a regra seja a de que regulamentos não contrariam a lei, se sempre fosse dispensável a perícia naquelas hipóteses, então a lei não remeteria a regulamento que fixasse condições de exequibilidade da mesma lei, e não haveria de conter sua própria eficácia até o advento do diploma infralegal.

Até aqui dissemos que pode haver outros regulamentos que não decretos em face da harmônica independência entre os Poderes do Estado (CF, art. 2º), porém é certo que o Poder que queira "encostar" no regulamento do Executivo federal poderá fazê-lo desembaraçadamente, aproveitando-o por inteiro no que entender materialmente cabível e aplicável. O aproveitamento de regulamentos executivos federais, aliás, por já meditados e refletidos, é o que existe de mais comum no âmbito dos outros Poderes federais e nas administrações locais.

Por fim, deve-se considerar não o exercício civil como referência, mas o primeiro dia da licença inferior a 15 dias como dia inicial da contagem para os efeitos deste artigo, ou seja, a partir do primeiro dia de licença conta-se seu prazo total, e se ela for inferior a 15 dias será a própria chefia do servidor, mesmo sem perícia médica, que poderá autorizá-la — por mais estranho que se afigure, já que tal parece configurar, se o chefe não for médico ou odontólogo, se for o caso, até mesmo *exercício ilegal de profissão*.

O mais lógico e sensato, num estado institucionalizado, é que algum médico (ou dentista, quando for o caso) participe do licenciamento, ainda que não se precise denominar sua intervenção de "perícia oficial", nome sempre pomposo para intervenções ocasionalmente simplíssimas e sumárias para quem detém a habilitação profissional em alguma matéria vinculada à saúde.

Se de um lado elogia-se o propósito evidentemente simplificador da medida, por outro lado a cautela imposta pelo simples exercício de profissões

regulamentadas também se impõe a todo tempo, afinal a simplificação procedimental pode não ter sido tão drástica como no primeiro relance imagina-se — não sendo de espantar que o artigo venha a ser objeto de impugnações por parte de organismos de defesa de profissões de saúde. Esta matéria, pensamos, pode e deve ser objeto de primeira e fundamental preocupação do regulamento a que se refere o artigo.

Art. 205. O atestado e o laudo da junta médica não se referirão ao nome ou natureza da doença, salvo quando se tratar de lesões produzidas por acidente em serviço, doença profissional ou qualquer das doenças especificadas no art. 186, § 1º.

É curiosa a ética esposada por este artigo, que impede o atestado médico, o qual indicou razão para aposentar o servidor afastado por doença, de declinar o nome ou a natureza da mesma doença.

Existem inúmeras exceções a essa proibição, como acidentes de trabalho, doenças profissionais ou qualquer daquelas inúmeras moléstias especificadas no § 1º do art. 186. Que espécie de resguardo à imagem, fama ou reputação do servidor, que se aposenta, estaria pretendendo a lei é um mistério insondável.

O atestado que conduz à aposentação por invalidez é um documento que pode ser obtido por qualquer cidadão que nele demonstre legítimo interesse, através de pedido de certidão. O dinheiro que custeará a aposentadoria do mesmo servidor é público, de modo que existe, ao menos indiretamente, evidente interesse por parte de todo cidadão brasileiro em conhecer a razão exata por que está custeando a aposentadoria de algum servidor.

Não é crível, nos dias de hoje, por outro lado, que se aceite a pecha de "infamante" para qualquer doença para explicar a ordem legal: a própria AIDS, síndrome da imunodeficiência adquirida, de início recebida com grande reserva nos meios sociais, está expressamente elencada na L. 8.112, e assim precisa ser

declinada no laudo aposentatório.

Que outra espécie de reserva precisaria, dessa forma, a lei garantir ao servidor ou a quem quer que seja quanto à causa efetiva para aposentadoria por invalidez de algum servidor? Trata-se enfim de mais um pequeno e insignificante casuísmo da L. 8.112, que necessariamente dela não precisaria figurar, pois contém matéria de mero regulamento.

Sob certo aspecto, aliás, o art. 205 da L. 8.112 parece inconstitucional, por negar execução, ou aplicação, ao princípio constitucional da publicidade, previsto no art. 37 da Constituição Federal. Não remanesce, na hipótese, razão alguma para sigilo ou reserva.

Art. 206. O servidor que apresentar indícios de lesões orgânicas ou funcionais será submetido a inspeção médica.

Este artigo melhor figuraria como parágrafo único do art. 202, pois contém regra que lhe é claramente complementar.

Aqui a lei deu executividade ao direito que conferiu à Administração federal de determinar o afastamento, por licença para tratamento de saúde, a qualquer seu servidor, o qual, na forma deste artigo, apresente indícios de lesões orgânicas ou funcionais.

Desnecessário relembrar que as lesões que iniciam a se evidenciar para a Administração podem ser da mais ampla e variada espécie, natureza ou mesmo quantidade. Se a quantidade de indícios for grande, ter-se-á evidentemente não mais indício, porém o próprio mal já plenamente caracterizado.

Quer-se apenas frisar que é da mais ampla natureza possível o indício de doença, lesão ou irregularidade orgânica ou funcional de que a Administração pode dar-se conta que atingirá a pessoa do servidor. Em presenciando aqueles indícios precisará, por dever de ofício, determinar ao servidor que se submeta a

exame médico para, sendo o caso, afastá-lo, em ato que se poderá converter em aposentadoria, conforme visto.

Art. 206-A. O servidor será submetido a exames médicos periódicos, nos termos e condições definidos em regulamento. (Incluído pela Lei n. 11.907, de 2-2-2009.)

Este artigo foi introduzido pela Lei n. 11.907/2009 num momento que, tal qual ocorre ao § 5º do art. 5º, evoca a invenção da roda ou a descoberta do fogo. Será, perguntar-se-á o leitor, que nunca antes ocorrera ao legislador inserir esta regra na lei, para pura e simplesmente dispor que o servidor será rotineira e sistematicamente submetido a exames médicos, na forma de regulamento?

O estatuto tem quase vinte anos neste 2009 que corre, mas apenas após decorridas duas décadas foi que nele se inseriu esta matéria, que de tão elementar e básica precisaria ter constado da edição originária, de 1990**!** Custa a crer *ou* que nunca tenha sido assim *ou* que apenas a partir da Lei n. 11.907/2009 é que o legislador, e a autoridade federal, tenham determinado que servidor regido pela L. 8.112 passará a ser examinado periodicamente por médicos oficiais. Seja como for, *antes tarde do que nunca* vem tal regra, e se apenas neste momento o legislador se lembrou do tema, ele merece elogio por suprir lacuna imperdoável dos seus antecessores.

Regulamentos disciplinarão esta importantíssima questão, por certo fixando prazos e periodicidades a cada local de trabalho, repartição, atividade e grupo ocupacional, e condições as mais variadas e abrangentes, tudo para que o servidor passe a desfrutar deste direito efetivamente primigênio. No entanto, antes de editados referidos regulamentos — que se poderão e deverão complementar em diversas matérias —, o direito do servidor não se implementou.

Deve ficar claro que, ainda que incompreensivelmente atrasado na lei, o

artigo é importantíssimo para o servidor e para a própria noção de salubridade do serviço público federal, revelando preocupação das mais elogiáveis do legislador — tendo sido do Executivo, por medida provisória convertida, a iniciativa —, e, repita-se à exaustão, deveria constar da lei estatutária desde o seu início, como da anterior, e da anterior à anterior. Mas, insista-se também nisto, antes tarde do que nunca.

Seção V

DA LICENÇA À GESTANTE, À ADOTANTE E DA LICENÇA-PATERNIDADE

Art. 207. Será concedida licença à servidora gestante por 120 (cento e vinte) dias consecutivos, sem prejuízo da remuneração.

§ 1º A licença poderá ter início no primeiro dia do nono mês de gestação, salvo antecipação por prescrição médica.

§ 2º No caso de nascimento prematuro, a licença terá início a partir do parto.

§ 3º No caso de natimorto, decorridos 30 (trinta) dias do evento, a servidora será submetida a exame médico, e se julgada apta, reassumirá o exercício.

§ 4º No caso de aborto atestado por médico oficial, a servidora terá direito a 30 (trinta) dias de repouso remunerado.

Pelo *caput* a L. 8.112 apenas repete o direito constitucional do cidadão — aplicável ao servidor público por força do § 2º do art. 39 da Constituição Federal — previsto no art. 7º, XVIII, da mesma Constituição. A novidade se inicia efetivamente pelos parágrafos do artigo, onde a técnica lamentavelmente, outra vez, deixa a desejar.

Em primeiro lugar, a remuneração a que se refere o *caput* é aquela definida e composta segundo o critério estabelecido no art. 41.

A data para início da licença é objeto do § 1º, e ali se indica apenas uma faculdade à Administração, tanto quanto à servidora gestante; o verbo *poderá*, entretanto, não permite escolha tão ampla, pois se iniciará a licença apenas a partir do primeiro dia do nono mês de gestação, segundo estimativa que deve ser procedida, excepcionando-se esse início apenas se por prescrição médica expressa, efetuada por junta oficial ou médico servidor público.

De alguma forma tecnicamente aceitável, precisará, portanto, a servidora informar, ao serviço a que pertença, quando se inicia o nono mês de sua gravidez.

O § 2º prevê a hipótese de nascimento prematuro, quando então a licença se iniciará a partir do parto, daí se computando os 120 dias.

Em ocorrendo a hipótese de natimorto, fixa o § 3º que após trinta dias do evento, que portanto precisará ser logo comunicado à Administração, será a servidora respectiva submetida a exame médico, após o qual, se julgada apta, reassumirá o exercício.

Esse evidente limite ao direito constitucional da servidora, de fruir 120 dias de licença remunerada apenas por motivo de gestação, parece inconstitucional. A Constituição assegura a licença integral pelo simples fato de a servidora passar a ser gestante.

Se seu filho é natimorto, ou se nasce com o mais invejável vigor, isso não importou para o estabelecimento, pelo constituinte, do próprio direito. Assim, ainda que surja morto o filho da servidora afastada na forma deste artigo, ou ainda por afastar-se, seu direito não pode ser restrito por lei, se a Constituição o assegurou integral. É de esperar reação, em juízo, ao dispositivo.

O § 4º cuida de hipótese de aborto, referindo-se evidentemente ao evento natural, ou provocado por prescrição médica quando em risco a vida da mãe. Não se refere a lei ao abortamento voluntariamente provocado pela servidora, apenas para não ter o filho. Isso fica claro pelo texto, mas o que a L. 8.112 não esclarece é se, ocorrendo aborto, terá a servidora direito a mais trinta dias de

repouso, além dos 120, ou a partir do evento, contados os trinta dias, deverá ela reassumir o exercício.

Por uma espécie de analogia à previsão do § 3º deste mesmo artigo, parece ter querido o legislador dar o mesmo enfoque à hipótese de aborto; se o fez, como parece, resta, da mesma forma, inconstitucional o parágrafo, por restringir um direito constitucionalmente feito amplo, e assim conferido à servidora.

Art. 208. Pelo nascimento ou adoção de filhos, o servidor terá direito à licença-paternidade de 5 (cinco) dias consecutivos.

Cuida este momento da licença-paternidade, e o faz conforme previsão constitucional, constante do inc. XIX do art. 7º constitucional, combinado com o § 1º do art. 10 do ADCT. Enquanto não discipline este assunto uma lei federal, outra com relação à L. 8.112 e que lhe modifique esta determinação, permanecerão vigentes e válidos os cinco dias aqui estabelecidos como licença ao servidor público que venha a ter um filho.

Observe-se que tanto a licença-paternidade quanto aquela à gestante não se confundem com as férias, nem podem ser nelas compreendidas ou englobadas, subtraindo-se o respectivo tempo do descanso que significa para o servidor.

Uma servidora que tenha direito a férias, por exemplo em novembro de um ano, e nesse ano teve filho em fevereiro, dentro do ano ficará cinco meses afastada, sendo quatro a título de licença à gestante e um por férias, sem qualquer prejuízo remuneratório.

O mesmo se afirme quanto ao servidor, que terá seus trinta dias normais de férias, aos quais acrescerá outros cinco de licença-paternidade, igualmente sem qualquer decréscimo pecuniário.

Art. 209. Para amamentar o próprio filho, até a idade de 6 (seis)

meses, a servidora lactante terá direito, durante a jornada de trabalho, a 1 (uma) hora de descanso, que poderá ser parcelada em 2 (dois) períodos de meia hora.

Cuidou aqui a lei de conceder à servidora lactante, até quando seu filho atinja a idade de seis meses, o direito de amamentá-lo durante uma hora por dia, subtraindo esse tempo de sua jornada de trabalho.

Tal período, evidentemente, em casos normais, não significará seis meses de direito após a servidora regressar ao exercício, encerrada a licença à gestante, pois, se aquela licença foi procedida a partir do nono mês de gravidez, os três primeiros meses de lactação terão ocorrido durante o período de licença, restando apenas três para justificar o descanso a que se refere o artigo, após a servidora ter reassumido o exercício.

Fez bem a lei em cuidar desse modo de problema assim delicado; não o tivesse feito entretanto, dificilmente o mesmo direito seria subtraído a qualquer servidora pública, ainda que não de forma oficial, e por razões bem condizentes com a índole de qualquer cidadão minimamente civilizado, e afetas à própria condição ocasional da servidora.

Art. 210. À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada.

Parágrafo único. No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de 30 (trinta) dias.

Cuida-se aqui de hipóteses diversas das anteriores: adoção ou guarda judicial de criança por servidora regida pela L. 8.112. Trata-se de outro artigo dirigido exclusivamente à servidora, de cuja abrangência se excluem os homens.

Sempre que qualquer servidora demonstrar ter obtido guarda judicial de criança até um ano de idade, ou que comprovar tê-la adotado, poderá requerer da Administração noventa dias de licença remunerada, sem qualquer prejuízo. Caso a criança tenha mais do que aquela idade, reduz-se a trinta o período de licença.

A Orientação Normativa n. 73, expedida pela SAF, estabelece que o documento hábil a comprovar a adoção ou a guarda é o termo de adoção, ou o termo provisório de guarda e responsabilidade, expedido por autoridade competente. Apresentando-o à Administração, passará a merecer a servidora a licença de que trata o artigo. Também a esse propósito é a Orientação Normativa n. 85, que esclarece poder configurar-se o direito, no tempo, apenas após a vigência da L. 8.112.

A licença somente poderá ser obtida uma vez, porém evidentemente não se confunde com qualquer outra, como por exemplo aquela concedida à gestante, prevista no art. 207. Caso obtenha, portanto, a servidora as licenças previstas nos arts. 207 e 210, no mesmo ano, somados esses períodos às férias totalizarão oito meses, durante os quais não poderá sofrer qualquer prejuízo remuneratório ou de outra natureza.

Se tal parece abusivo ou excessivamente pródigo contra o erário, considere-se por outro lado o sacrifício terrivelmente penoso, para qualquer servidora ou qualquer mulher, que é ter um filho e cuidar dele, ou adotar, ou ainda manter a guarda de uma criança, sobretudo em seu primeiro ano de vida. Se se sopesar essa extraordinária exigência de zelo, dedicação e cuidado com o benefício da licença concedida, talvez se a passe a considerar até mesmo exígua.

Seção VI

DA LICENÇA POR ACIDENTE EM SERVIÇO

Art. 211. Será licenciado, com remuneração integral, o servidor acidentado em serviço.

Sempre que se acidentar em serviço o servidor merecerá licença com remuneração integral.

O art. 211 trata de acidente em serviço, de maneira a excluir, para os efeitos da lei, quaisquer outros acidentes eventualmente sofridos pelo servidor, sem relação com o desempenho do cargo.

Ainda que não declinado na lei, relaciona-se essa previsão de acidente em serviço com as disposições relativas à aposentadoria por invalidez. Com efeito, se um servidor se acidenta, em serviço ou não, e se o acidente o invalida para continuar a serviço da Administração, será ele necessariamente aposentado por invalidez, nas condições próprias e segundo disposto na Constituição e na L. 8.112. Eis aí, portanto, outra causa possível para aposentação do servidor público, em razão de invalidez superveniente.

Frise-se, para concluir, que apenas o acidente em serviço, ocorrido segundo a descrição do artigo seguinte, enseja direito à licença com remuneração integral. Por exclusão, qualquer acidente não caracterizado como em serviço não fará merecer o mesmo benefício na sua integridade.

Art. 212. Configura acidente em serviço o dano físico ou mental sofrido pelo servidor, que se relacione, mediata ou imediatamente, com as atribuições do cargo exercido.

Parágrafo único. Equipara-se ao acidente em serviço o dano:

I - decorrente de agressão sofrida e não provocada pelo servidor no exercício do cargo;

II - sofrido no percurso da residência para o trabalho e vice-versa.

I

Aqui se define o que a L. 8.112 considera acidente de serviço, e ele significa o dano, de natureza física ou mesmo mental, porventura sofrido pelo servidor,

relacionado direta ou indiretamente com as atribuições de seu cargo.

Trata-se em verdade de difícil configuração, pois poderá sempre existir uma relação longínqua, afastada, entre o dano ocorrido e as atribuições no cargo exercido pelo servidor. Nem sempre o nexo de causalidade é evidente e necessário entre o infortúnio e o desempenho do cargo. Pode ocorrer infinita gradação de níveis de relação entre o dano acontecido ao servidor e sua ocupação profissional.

Nos casos em que for difícil estabelecer com clareza aquele nexo, apela-se evidentemente ao mais elevado bom-senso e à mais absoluta imparcialidade dos profissionais, médicos ou outros, a quem incumba atestar ou afastar a possível relação de causa. É, portanto, inegável que de qualquer decisão desfavorável poderá o servidor recorrer à Justiça, pleiteando modificá-la.

O problema deverá agravar-se tanto mais em relação às doenças mentais supervenientes, pois nesse terreno, onde mesmo para os especialistas quase tudo é ainda desconhecido e imponderável, pode dificultar-se enormemente o estabelecimento do nexo causal entre atribuições de cargo e distúrbio acontecido. Seja como for, precisará o corpo médico da Administração decidir, em cada caso, se o evento acontecido caracteriza-se ou não como acidente em serviço.

II

O parágrafo único deste artigo, à semelhança de textos legais anteriores, e em momento que demonstra também inspiração trabalhista, faz equiparar, evidentemente para o efeito de atribuir licença com remuneração integral, ao acidente de serviço aquela agressão sofrida e não provocada pelo servidor no exercício de seu cargo, bem como aquele acidente sofrido no percurso da residência para o trabalho, ou vice-versa.

Tais acontecimentos ampliam um pouco o leque de possibilidades de se configurar, em cada caso, acidentes de serviço, permitindo um critério mais elástico para essa configuração.

Mas aqui também não está isento de riscos o julgador da existência daquele nexo causal, uma vez que, apenas por exemplo, no caso do inc. II, pode acontecer dificuldade na caracterização de um acidente de serviço quando o servidor, havendo concluído seu trabalho e saído da sua sede, supostamente em direção a sua residência, passa rapidamente por algum outro local, que pode situar-se mesmo no meio do caminho, onde lhe acontece o infortúnio. Até que ponto, em casos assim, estará configurado o acidente em serviço?

Quanto à hipótese ventilada no inc. I, ainda que menos comum e de mais fácil detecção, está também sujeita a dificuldade de caracterização em alguns casos. Pode, com efeito, o servidor entender não estar provocando agressão por parte de ninguém, na sede de seu trabalho, quando em verdade o está, ou assim é interpretado por eventual interlocutor.

São exemplos imaginários, porém não impossíveis, e a cada caso competirá à autoridade, com toda a isenção que lhe for possível, julgar, para examinar da provável causalidade a que se refere a L. 8.112, com isso configurando ou não a existência de um acidente em serviço.

> *Art. 213. O servidor acidentado em serviço que necessite de tratamento especializado poderá ser tratado em instituição privada, à conta de recursos públicos.*
>
> *Parágrafo único. O tratamento recomendado por junta médica oficial constitui medida de exceção e somente será admissível quando inexistirem meios e recursos adequados em instituição pública.*

Nem sempre o Estado possui condição técnica, humana ou material para prestar todo o tratamento especializado que servidores acidentados em serviço necessitem, quase sempre de modo imprescindível, para recuperar-se. Quando ocorrer a hipótese, e ela é mais frequente, pela imensidão do País, do que seria de desejar, estará autorizada a despesa com instituições particulares que

apresentem condição de oferecer o devido tratamento ao servidor, à conta do erário.

Trata-se de dispositivo de evidente cunho humanístico, que jamais poderá ser interpretado como pródigo, à semelhança do que ocorre com vários outros institutos abrigados pela L. 8.112.

Aqui não. Se um servidor sofre acidente em razão dessa sua condição, torna-se mais do que justo e natural que o próprio Estado lhe custeie o tratamento merecido, caso não possa dá-lo ele próprio, por seus próprios meios e através de suas próprias instituições. De nada valeria um aparelhado sistema securitário, mantido a duras penas pelo Poder Público, se não servisse aos beneficiários em momento assim, de infortúnio por vezes bastante penoso.

O parágrafo único do artigo, entretanto, delimita exatamente a aceitabilidade do tratamento prestado por instituição particular, restringindo-a a um campo de excepcionalidade absoluta à regra de que o Estado, por suposição tradicional, tem condição de oferecer qualquer tratamento a servidor seu, acidentado em serviço.

Apenas excepcionalmente a junta médica oficial poderá recomendar tratamento em instituição particular, e o fará apenas quando demonstrar que a União não possui, ao menos de maneira eficaz na região onde ocorre o evento, condição de tratar o acidentado com a proficiência e a ligeireza que a situação pode requerer.

Se, por outro lado, faltar algum requisito essencial à caracterização do tratamento suficiente pela União, configurar-se-á *mero* dever da junta médica que examinou o acidentado indicar o tratamento que julgue adequado, em instituição privada que o possa garantir. O bem tutelado nesse caso é simplesmente a vida, ou a saúde, de um ser humano, servidor público.

Não pode nesse assunto a Administração, portanto, tergiversar, negligenciar, descurar ou acomodar-se por qualquer modo, sendo cabível até mesmo, caso atitude semelhante fique depois demonstrada, caracterizá-la como prevaricação

ou omissão de socorro, para todos os efeitos.

O TRF-2ª Região já decidiu que é devida indenização por danos morais, e internação em hospital fora da rede pública de saúde, em caso no qual o servidor sofreu acidente que lhe ensejou grave deformidade estética, nestes termos: "A junta médica do Hospital da Força Aérea do Galeão atesta que a vítima sofreu acidente decorrente do serviço, estando permanentemente inválida para qualquer trabalho, havendo, portanto, relação de causas e efeito entre a lesão e o acidente. A deformidade estética que suporta a autora ofende bem o jurídico integrante de sua personalidade, faz jus a apelada ao ressarcimento por danos morais. Diante da enorme dificuldade e do estado precário do atendimento na rede pública de saúde, procede o pedido de assistência no Hospital da Aeronáutica, específica advindo do acidente" (AC n. 219.990-RJ, 1ª Turma, *DJ*, 4-5-2000).

Art. 214. A prova do acidente será feita no prazo de 10 (dez) dias, prorrogável quando as circunstâncias o exigirem.

O servidor tem o prazo de dez dias para demonstrar, documentalmente, o acidente ocorrido, para fim de obter a licença a que se refere esta Seção. Todos os meios lícitos e razoáveis para demonstração do acidente podem ser por ele empregados, porém deverão ser documentais necessariamente, considerando-se que o processo de concessão da licença é um documento, e somente pode ser impulsionado se através de peças escritas.

Será evidentemente o atestado médico oficial a prova final do acidente; nesse atestado deve ser descrito o acidente e seus efeitos sobre o servidor, devendo aí se indicar a concessão da licença.

Na hipótese em que o servidor, por encontrar-se impossibilitado de locomover-se, não puder produzir a prova no decêndio legal, deverá ao menos providenciar o requerimento de prorrogação, naquele prazo, à Administração, e nessa petição apontar as razões por que não pôde comprovar documentalmente, a

tempo, o acidente ocorrido, e o efeito produzido.

Pode legitimamente ocorrer, entretanto, de a Administração, não satisfeita com a comprovação do acidente do modo como procedido pelo servidor, mas ciente de que algum acidente aconteceu, diligenciar ela própria, de modo a oferecer a comprovação fidedigna e exata tanto do acidente ocorrido quanto dos efeitos sobre o servidor.

Seção VII

DA PENSÃO

Art. 215. Por morte do servidor, os dependentes fazem jus a uma pensão mensal de valor correspondente ao da respectiva remuneração ou provento, a partir da data do óbito, observado o limite estabelecido no art. 42.

Este artigo, outrora muito importante ainda que apenas repetisse a Constituição Federal, acha-se definitivamente prejudicado pela atual forma da Constituição, a qual deste modo, acima, previa quando da edição da L. 8.112, em 1990. A mesma Constituição, entretanto, foi sendo continuadamente modificada por emendas, sobretudo neste caso as ECs n. 20/98 e 41/2003, e esta matéria, e o direito envolvido, que são de todo *constitucionais* e não legais, passaram a ser outros que não o deste art. 215.

Pela forma atual do art. 40 constitucional o seu § 7º, com a redação dada pela EC n. 41/2003, reza que:

"§ 7º Lei disporá sobre a concessão do benefício de pensão por morte, que será igual:

I — ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescentado de setenta por cento da parcela excedente a este

limite, caso em atividade na data do óbito;

II — ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescentado de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso em atividade na data do óbito".

Sobre isso já dissséramos em obra sobre o servidor e as reformas constitucionais:

"Mudou também, e profundamente, o direito, daquela confusa e vacilante forma prevista na EC n. 20/98 para uma regra de muito mais fácil compreensão, sumamente mais transparente — e provavelmente mais *justa* que aquela anterior.

A pensão por morte, ao dependente supérstite do servidor efetivo falecido, será igual ao valor máximo pago como benefício pelo INSS, acrescido de 70% da diferença entre esse valor o total que percebia o servidor na ativa. Caso o servidor na ativa, ou caso o servidor que estivesse aposentado antes de falecer, percebesse menos que o benefício máximo pago pelo INSS, então não haverá redução de valor para a fixação da pensão.

O valor máximo de benefício pago pelo INSS pode ser de aposentadoria, e não necessariamente de pensão, porque a Carta não estabelece essa vinculação.

E a lei referida no §, disporá sobre o quê? Sobre as condições ou os requisitos que o dependente deverá preencher para merecer pensão. Dirá a lei estatutária local *quem* merece pensão e como se habilita para tanto; *de que espécie* (vitalícia, temporária, provisória, por exemplo, como no caso da Lei n. 8.112/90, a lei do regime jurídico único dos servidores federais) será a pensão; como se distribuem as *cotas*; quando *cessa a condição de beneficiário*, e dirá tudo o mais que discipline essa vantagem eminentemente social.

A lei local não dirá o valor da pensão, porque a Constituição já o fez de modo raramente igualado antes em clareza e objetividade — bem ao inverso da

forma anterior, contra a qual tanto vociferamos na edição passada —, mas dará apenas os contornos do instituto, os seus parâmetros e a disciplina que o cerca, desejavelmente do modo mais completo possível”**[74]**.

O valor máximo pago pelo INSS varia sempre que cresce o valor do salário mínimo nacional, e sempre portanto se atualiza. Serve de base para a fixação da parte fixa da pensão pela L. 8.112 para quem percebia vencimento ou aposentadoria maior que aquele limite máximo do RGPS — pois quem a percebe menor que aquilo receberá provento integral, por força da Constituição, art. 40, § 7º —, e depois a parte variável é dada pela Constituição e não mais pela lei federal, e é de 70% do que exceder a primeira.

Para nada mais vale a regra deste art. 215 portanto, nem sequer a menção ao art. 42 da lei, pois o limite de ganhos do servidor é também *diretamente constitucional* (art. 37, XI) — do modo como confirmado pelo STF, naturalmente —, pouco importando se a lei o repete ou não.

Sobre a matéria o DRH da SAF expediu as Orientações Normativas n. 14 e 54, que também de nada servem ou servirão se em desacordo com a Constituição.

E quanto à aplicabilidade das regras previdenciárias próprias do regime estatutário ao regime da CLT — algo de resto impensável —, decidiu o STF no RE-AgR n. 399.648/PE, j. 19-4-2005, Primeira Turma: “É pacífica a jurisprudência desta Casa de Justiça de que as regras dos §§ 4º e 5º do art. 40 da Constituição Republicana (redação originária) não se aplicam ao servidor submetido ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, segurado da Previdência Social, que se aposentou ou faleceu antes do advento da Lei n. 8.112/90. Tais normas são destinadas apenas ao servidor público estatutário. Precedentes de ambas as Turmas desta colenda Corte: RE 197.793, Relator Ministro Moreira Alves; RE 241.372, Relator Ministro Ilmar Galvão; RE 223.732, Relator Ministro Sepúlveda Pertence; RE 325.588-AgR, Relator Ministro Gilmar Mendes; RE 370.571, Relatora Ministra Ellen Gracie; e RE

237.762-AgR e AI 501.560-AgR, Relator Ministro Carlos Velloso. Agravo regimental desprovido".

Art. 216. As pensões distinguem-se, quanto à natureza, em vitalícias e temporárias.

§ 1º A pensão vitalícia é composta de cota ou cotas permanentes, que somente se extinguem ou revertem com a morte de seus beneficiários.

§ 2º A pensão temporária é composta de cota ou cotas que podem se extinguir ou reverter por motivo de morte, cessação de invalidez ou maioridade do beneficiário.

São de duas naturezas as pensões concedidas com base na L. 8.112, quanto à sua permanência ou definitividade: vitalícias ou temporárias. O que se precisa observar sempre, entretanto, é se estas regras estão em conformidade com a Constituição, art. 40, § 7º, redação atual. Se estiverem permanecem valendo, e se não estiverem nada mais significam no direito brasileiro.

Mas o conflito interfontes parece aqui inexistir, uma vez que a Constituição fixa apenas o *critério para obter o valor final da pensão,* enquanto a lei local dá *os valores com que trabalhar* para a obtenção daquele valor final pelo critério constitucional. Ou seja, a Carta estabelece como trabalhar com os valores locais, dados pela lei local.

O § 1º cuida daquela vitalícia, definindo-a composta de cota ou cotas permanentes, que são somente extintas ou revertidas com a morte de seus beneficiários; já a pensão temporária, prevista no § 2º, pode extinguir-se por outras razões além da morte do beneficiário, quais sejam, a sua invalidez ou o atingimento de sua maioridade.

Reversão da pensão significa a mudança de sua titularidade, ou a passagem de um beneficiário para outro. No caso de não mais ser devida qualquer pensão pela União, a lei a isso se refere como extinção. Cota, por outro lado, é parte,

fração da pensão, assim disciplinada nos artigos seguintes.

A característica fundamental da pensão vitalícia é, como indica seu título, a sua permanência, inalterada, enquanto viver o beneficiário. Apenas pela morte desse é que se extingue, ou, se for o caso, se revertem as cotas para os beneficiários da pensão temporária. Enquanto vivo, portanto, o beneficiário da pensão vitalícia, não se há de falar em repartição de cotas dessa pensão; apenas pela morte daquele é que se reverterá a respectiva cota a eventuais beneficiários da pensão temporária, ou, em não os havendo, extinguir-se-á o benefício.

Já a pensão temporária, composta que é por um valor único total, ou por cotas que totalizam aquele valor, pode ser integralmente extinta, ou parcialmente revertida, ou totalmente revertida, caso ocorra morte, cessação da invalidez ou atingimento da maioridade do beneficiário, aos 21 anos de idade. Se, por exemplo, algum beneficiário de pensão temporária o era apenas por ser inválido, cessando sua invalidez, *ipso facto* cessará o pagamento.

Os artigos subsequentes indicarão as formas e os modos de repartição das pensões:

Art. 217. São beneficiários das pensões:

I - vitalícia:

a) o cônjuge;

b) a pessoa desquitada, separada judicialmente ou divorciada, com percepção de pensão alimentícia;

c) o companheiro ou companheira designado que comprove união estável como entidade familiar;

d) a mãe e o pai que comprovem dependência econômica do servidor;

e) a pessoa designada, maior de 60 (sessenta) anos e a pessoa portadora de deficiência, que vivam sob a dependência econômica do servidor;

II - temporária:

a) os filhos, ou enteados, até 21 (vinte e um) anos de idade, ou, se inválidos, enquanto durar a invalidez;

b) o menor sob guarda ou tutela até 21 (vinte e um) anos de idade;

c) o irmão órfão, até 21 (vinte e um) anos, e o inválido, enquanto durar a invalidez, que comprovem dependência econômica do servidor;

d) a pessoa designada que viva na dependência econômica do servidor, até 21 (vinte e um) anos, ou, se inválida, enquanto durar a invalidez.

§ 1º A concessão de pensão vitalícia aos beneficiários de que tratam as alíneas a e c do inciso I deste artigo exclui desse direito os demais beneficiários referidos nas alíneas d e e.

§ 2º A concessão da pensão temporária aos beneficiários de que tratam as alíneas a e b do inciso II deste artigo exclui desse direito os demais beneficiários referidos nas alíneas c e d.

I

Este artigo define os beneficiários das pensões, tanto a vitalícia quanto a temporária. Merecem pensão vitalícia os beneficiários elencados no inc. I do artigo, alíneas *a* e *e*, e merecem a pensão temporária aqueles alinhados no inc. II, até a alínea *d*.

Quanto ao inc. I, cônjuge é o marido ou a esposa legalmente assim constituídos, não se referindo nesse caso a lei ao companheiro, que vem indicado na alínea *c*. Pessoa desquitada, separada ou divorciada, que receba pensão alimentícia, pode ser beneficiária de pensão, pela L. 8.112; caso não receba pensão alimentícia (o que indica que não depende de seu antigo marido, servidor, ou sua antiga mulher, servidora), não merecerá aqui também pensão.

A seguir, elenca-se como beneficiário companheiro ou companheira que demonstre união estável com o servidor falecido. Essa união, bem como todas as outras condições fixadas na lei, podem ser demonstradas por quaisquer meios admitidos em direito.

Nesse sentido decidiu o STJ que “A falta de prévia designação da companheira como beneficiária de pensão vitalícia não impede a concessão desse benefício, se a união estável resta devidamente comprovada por outros meios idôneos de prova (Precedentes)” (REsp n. 443.055-PE, 5ª Turma, *DJ*, 24-2-2003).

Pai e mãe de servidor falecido, que comprovem dependência econômica daquele, também merecem pensão vitalícia, e a propósito o DRH da SAF expediu a Orientação Normativa n. 110, versando sobre a comprovação daquela dependência.

Por fim, qualquer pessoa designada, maior de sessenta anos, ou qualquer pessoa deficiente que viva sob a dependência econômica do servidor falecido, também estes merecem pensão vitalícia, segundo a L. 8.112.

Designa-se a pessoa através de ato volitivo, geralmente em impresso próprio da Administração, para esse fim específico de, um dia, proporcionar pensão a pessoa designada. Da mesma forma, é conveniente que o servidor, em vida, providencie a declaração de que mantém algum deficiente, tendo em vista ampará-lo no caso de sua morte, pois são conhecidas as dificuldades de comprovar, após a imprevidência do servidor que faleça, aquela dependência.

Pensão temporária, que é aquela suscetível de cessar, extinguir-se, em determinadas condições, é aquela atribuída pela União a pessoas que, pela própria natureza de sua dependência com relação ao servidor falecido, estão sujeitas a vê-la cessar, pelo impedimento de idade, ou pela cessação de invalidez ou da dependência, real ou presumida.

Enquadram-se, assim, entre merecedores de pensão temporária os filhos ou enteados de até 21 anos de idade, caso não sejam inválidos. Se inválidos, receberão o benefício enquanto durar a invalidez, o que deverá ser objeto de acompanhamento pela Administração.

Também o *menor* sob guarda ou tutela, até os seus 21 anos de idade, merecerá pensão temporária, paga ao guardador ou tutor na forma da lei civil.

Como já se afirmou quanto a isso, não nos parece que a previsão de “menor sob guarda até 21 anos” — sabendo-se que não mais existe civilmente o menor de idade com 21 anos, já que pelo Código Civil de 2002, art. 5º, a menoridade cessa aos 18 anos — sofre qualquer prejuízo, pois se pode entender que a lei se refere simplesmente a pessoa menor de 21 anos, e não ao menor civil.

O mesmo tratamento recebe o irmão órfão do servidor falecido, até a idade de 21 anos, ou o seu irmão inválido enquanto durar a invalidez, exigindo-se desses, ou de seu representante, que demonstrem a dependência econômica com relação ao seu irmão, servidor, falecido. No caso do irmão órfão, deve ele comprovar a dependência econômica e que ainda não atingiu a maioridade plena, além da demonstração de sua orfandade. No caso do irmão inválido, precisa estar presente a invalidez e a dependência econômica com relação ao servidor falecido.

Outro beneficiário da pensão temporária é a pessoa designada pelo servidor ainda em vida, e que viva sob sua dependência econômica, até a maioridade, excepcionando-se o caso da pessoa designada, inválida, que merecerá pensão temporária enquanto perdurar a invalidez, conforme atestado e comprovado perante a Administração.

Quanto a isso, se a designação de *qualquer pessoa* como beneficiário é condenável por onerar injustamente os regimes previdenciais, entretanto neste caso em que a designada há de ser idosa ou deficiente, e também viver sob a dependência econômica do servidor, é mais do que justificável.

II

O § 1º do artigo cuida de um caso de exclusão de pensão, determinando que, se a União pagar pensão ao cônjuge, ou companheiro, ou companheira designada na forma das alíneas *a* e *c* do inc. I do art. 17, esse pagamento impedirá o pagamento de pensão à mãe ou ao pai que comprovem dependência econômica do servidor, ou à pessoa designada, na forma da alínea *e* do mesmo inciso.

Quando a União, portanto, paga pensão aos beneficiários de pensão vitalícia previstos nas alíneas *a* e *c* do inc. I, não receberão, em hipótese alguma, qualquer valor a esse título os beneficiários previstos nas alíneas *d* e *e*. Essa situação pode cessar quando os primeiros deixarem de receber pensão vitalícia.

O § 2º cuida de exclusão de direito a pensão temporária, prevendo que têm privilégio, primazia ou preferência os beneficiários elencados nas alíneas *a* e *b* do inc. II sobre aqueles elencados nas alíneas *c* e *d*, ou seja: os filhos ou enteados do servidor falecido, ou os menores sob sua guarda ou tutela, se receberem pensão temporária, impedirão que qualquer valor seja pago aos irmãos órfãos ou inválidos do mesmo servidor, ou as pessoas por ele designadas, tudo na forma das alíneas *c* e *d* do inc. II deste artigo.

É uma situação, também, sujeita a modificação futura, quando cessar o pagamento aos primeiros beneficiários, ocasião em que poderão habilitar-se como beneficiários os segundos.

Art. 218. A pensão será concedida integralmente ao titular da pensão vitalícia, exceto se existirem beneficiários da pensão temporária.

§ 1º Ocorrendo habilitação de vários titulares à pensão vitalícia, o seu valor será distribuído em partes iguais entre os beneficiários habilitados.

§ 2º Ocorrendo habilitação às pensões vitalícia e temporária, metade do valor caberá ao titular ou titulares da pensão vitalícia, sendo a outra metade rateada em partes iguais, entre os titulares da pensão temporária.

§ 3º Ocorrendo habilitação somente à pensão temporária, o valor integral da pensão será rateado, em partes iguais, entre os que se habilitarem.

Aqui se fixa o princípio de que, no início do pagamento da pensão, será ela concedida integralmente ao titular da pensão vitalícia, hipótese que tem sua exceção apenas no caso de existirem, à ocasião do início de concessão do

benefício, beneficiários da pensão temporária. Os §§ 1º a 3º estabelecem como se processará a divisão, nesses casos.

O § 1º manda rateá-la em partes iguais, dividindo-se o valor equitativamente, quando vários titulares da pensão vitalícia forem habilitados pela União. Se houver três, em três partes iguais será dividido o valor da pensão vitalícia estabelecido conforme o art. 215.

O § 2º prevê a hipótese de haver candidatos à pensão vitalícia e à temporária, hipótese em que metade do valor total da prestação caberá originariamente ao titular (ou aos titulares) da pensão vitalícia, a outra metade devendo ser rateada em partes iguais entre os titulares da pensão temporária.

Tal não significa que os titulares da vitalícia receberão maior valor que os da temporária, pois podem existir vários merecedores da primeira, e apenas um da segunda. Observa-se daí que nem sempre o caráter vitalício da pensão assegura-lhe maior valor, podendo acontecer o inverso.

Não é, desse modo, “mais importante” a pensão vitalícia que a temporária quanto ao valor, podendo-se assim categorizá-la apenas em razão da sua natureza permanente, não sujeita à solução de continuidade como no caso da temporária.

Pelo mesmo critério adotado pelo § 1º, será integral o pagamento da pensão temporária ao seu titular se ele for único, quando não existir ninguém que esteja habilitado à pensão vitalícia. Quando forem vários os habilitados à pensão temporária, será ela, tal qual a vitalícia, fracionada, entre eles, em partes rigorosamente iguais.

Art. 219. A pensão poderá ser requerida a qualquer tempo, prescrevendo tão somente as prestações exigíveis há mais de 5 (cinco) anos.

Parágrafo único. Concedida a pensão, qualquer prova posterior ou habilitação tardia que implique exclusão de beneficiário ou redução de

pensão só produzirá efeitos a partir da data em que for oferecida.

Declara este artigo a imprescritibilidade do direito à pensão, afirmando prescritíveis apenas as prestações, não requeridas, vencidas há mais de cinco anos do requerimento. Tal significa que, ainda que não requeira pensão, o beneficiário nunca perde a ela o direito, se dentro das condições enunciadas nos artigos anteriores.

Fala-se aqui mais propriamente de pensões vitalícias, cujo direito nunca cessa enquanto viver o beneficiário, e menos propriamente das pensões temporárias, sujeitas a termo. Caso algum beneficiário não requeira pensão, poderá fazê-lo a qualquer tempo, passando a receber os pagamentos mensais a partir da data do requerimento.

Pode nesse requerimento o peticionário exigir pensões que já deveriam ter sido pagas anteriormente. Neste caso fará jus a elas, desde que não prescritas, na forma do artigo. Aquelas assim caracterizadas não são mais devidas, sendo-o todas as compreendidas entre a data do requerimento e o período quinquenal anterior.

É pouco frequente tal ocorrer, pois que a pensão é o primeiro direito de que se lembra qualquer possível beneficiário, tão logo faleça o servidor que a ensejou, e por razões óbvias até mesmo de sobrevivência. Mas, em ocorrendo, vale esta regra enunciada na lei.

Não se confunde, assim, o direito à pensão com o direito a certas prestações de pensão, as quais venceram há mais de cinco anos de um atual requerimento. São instituições diferentes, tratadas já na lei previdenciária nacional, para o empregado da iniciativa privada, dessa mesma maneira**[75]**.

O parágrafo único do artigo estabelece plena irretroatividade quanto aos efeitos de qualquer habilitação tardia à pensão que implique, na forma dos artigos anteriores, exclusão de beneficiário ou redução de pensão. Em isso acontecendo, não pode o requerente pleitear efeito retroativo na nova forma, pois

tal implicaria a devolução de dinheiro por parte dos beneficiários que receberam suas cotas anteriormente, os quais, agindo de boa-fé, não podem ter prejudicado aquele direito adquirido; daí a irretroatividade.

Significa dizer que qualquer prejuízo, a qualquer beneficiário de pensão, por exclusão ou redução de sua cota, somente poderá ser deferido, na forma da lei, do momento do requerimento em diante, produzindo efeito *ex nunc*, sem jamais retroagir, pois isso implicaria prejuízo de direito adquirido de beneficiários regularmente constituídos no passado. Não existe, como se percebe, direito adquirido, em prol destes últimos, à mantença das condições originárias sob as quais recebiam suas cotas.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 2ª Turma Cível, exarou acórdão na AC n. 2004.01.1.057141-4-DF, j. 2-5-2007, pelo qual assentou que "a pensão por morte do Servidor não tem caráter indenizatório, nem compensatório, revestindo-se de caráter exclusivamente alimentar, elidindo sua concessão com efeitos retroativos quando derivada do rateio do benefício com outro destinatário legalmente habilitado", o que desde logo esclarece a natureza da pensão por morte, e a isola por completo de qualquer tentativa de enquadramento ou como indenização ou como compensação do que quer que seja.

Alimentos, bem certo e com todo efeito, não se devem confundir com outra espécie de ressarcimento, reparação ou indenização, porque o que é puramente alimentar, visando apenas manter vivo o beneficiário, não se coaduna com qualquer outra natureza de prestação.

Art. 220. Não faz jus à pensão o beneficiário condenado pela prática de crime doloso de que tenha resultado a morte do servidor.

Se o beneficiário de alguma pensão for condenado por ter matado o servidor que afinal o beneficiaria, neste caso tal beneficiário perderá o direito à pensão. Trata-se da forma como a L. 8.112 cuidou da questão da ingratidão, ventilada no

direito civil.

Seria tragicômico, com todo efeito, vir a merecer pensão o dependente de um servidor morto por ele através de crime doloso. Crime doloso é aquele em que o agente pretendeu o resultado, ou assumiu inteiramente o risco de produzi-lo.

Não se cuida aqui de homicídio culposo, que ocorreria, por exemplo, no caso de o futuro beneficiário da pensão estar dirigindo um automóvel, acompanhado do servidor de que é dependente. Caso, por imprudência, negligência ou imperícia, venha colidir o carro e com isso matar o servidor, ainda que venha a ser condenado por homicídio culposo, merecerá daquele a pensão estatutária. Sempre que não se configure a intenção homicida, ou a assunção do risco de matar o servidor, inobstante se configure culpa por parte do beneficiário, não lhe cessa o direito à pensão.

Art. 221. Será concedida pensão provisória por morte presumida do servidor, nos seguintes casos:

I - declaração de ausência, pela autoridade judiciária competente;

II - desaparecimento em desabamento, inundação, incêndio ou acidente não caracterizado como em serviço;

III - desaparecimento no desempenho das atribuições do cargo ou em missão de segurança.

Parágrafo único. A pensão provisória será transformada em vitalícia ou temporária, conforme o caso, decorridos 5 (cinco) anos de sua vigência, ressalvado o eventual reaparecimento do servidor, hipótese em que o benefício será automaticamente cancelado.

Pode acontecer o fato de o servidor simplesmente deixar de comparecer ao trabalho, desaparecendo. Nesses casos seus dependentes, familiares ou possíveis beneficiários de pensão precisarão, em primeiro lugar, demonstrar à Administração que não se trata apenas de abandono de cargo, quando a questão

for suscitada.

Precisarão os possíveis beneficiários obter, em alguns casos judicialmente, uma declaração de ausência do servidor, o que farão por petição e na forma do processo civil. Com tal declaração, ingressa na Administração, poderão pleitear sua pensão, que nem sequer terá caráter temporário, porém *provisório*. Este constitui um terceiro gênero de pensão, previsto na L. 8.112.

Outra possibilidade de concessão de pensão provisória, por morte presumida do servidor, ocorre quando este desaparece em desabamento, inundação, incêndio, ou em outro acidente não caracterizado de serviço. Nesse caso a Administração já terá, por si só, elementos de convicção de que o servidor presumivelmente morreu, não necessitando daquela declaração judicial de ausência.

Tais elementos de convicção hão de ser, entretanto, suficientemente robustos, a ponto de ensejar pagamento da pensão provisória, pois, não o sendo, precisará a Administração diligenciar, por seus próprios meios, e evidentemente junto também aos dependentes do servidor, para certificar-se ao menos da morte presumida daquele, antes de lhes deferir a prestação.

Uma terceira razão para a concessão de pensão provisória, por morte presumida do servidor, e relacionada com a anterior, acontece quando este desaparece no desempenho de atribuições próprias do cargo, ou em missão de segurança, também em decorrência de seu cargo. Nesta hipótese a Administração terá seguramente todos os elementos de convicção para considerar ao menos presumivelmente morto o servidor, para fim de atribuir pensão aos seus beneficiários.

Observa-se que a L. 8.112 não exige, para a concessão da pensão provisória, que a Administração saiba seguramente estar morto o servidor, mas apenas que sua morte tenha forte presunção, evidentes indícios. Tanto isso é fato que o parágrafo único do artigo obriga que a pensão provisória seja transformada em vitalícia — ou temporária, conforme o caso e a natureza dos beneficiários —

após decorridos cinco anos do início da sua concessão.

Deve cessar, em última hipótese, o benefício assim que eventual reaparecimento do servidor aconteça, quando o pagamento será cancelado.

Admite a L. 8.112, portanto, que é pela *presunção* da morte do servidor que a União pagará pensão provisória; não precisará existir, para a Administração, a certeza da sua morte, considerando a lei até mesmo, e naturalmente o faria, o seu reaparecimento.

O TRF-4ª Região ofereceu importante lição jurídica sobre o assunto, neste acórdão: "1. Se, no caso em que se pretende o recebimento de pensão por morte, restar comprovado o desaparecimento do segurado, caberá a declaração de morte presumida, procedimento que não se confunde e nem produz os efeitos da declaração de ausência prevista nos arts. 1.159 a 1.169 do CPC, da competência da justiça estadual. 2. Hipótese em que o fato de terem passado 19 anos sem que autora tivesse requerido o benefício de pensão por morte agravada ainda mais sua situação de miserabilidade, por não exercer atividade remunerada. 3. A irreversibilidade do provimento, meramente econômica, não é óbice à antecipação de tutela, em matéria previdenciária ou assistencial, sempre que a efetiva proteção dos direitos à vida, à saúde, à previdência ou à assistência social não puder ser realizada sem a providência antecipatória. 4. A antecipação de tutela é aplicável mesmo nas ações contra a União, os Estados, os Municípios e as suas Autarquias. Não constituem obstáculo à sua execução nem a remessa necessária, nem as restrições à execução provisória contra a Fazenda Pública. 5. O instituto da antecipação de tutela não se confunde com o da execução provisória, razão pela qual não tem consistência jurídica a alegação de necessidade de prestação de caução. 6. Se a hipótese não trata de concessão de aumento ou vantagem a servidor público, não incide a vedação prevista na Lei n. 9.494/97" (AI n. 110.298-PR, 5ª Turma, *DJ*, 6-11-2002).

Art. 222. Acarreta perda da qualidade de beneficiário:

I - o seu falecimento;

II - a anulação do casamento, quando a decisão ocorrer após a concessão da pensão ao cônjuge;

III - a cessação de invalidez, em se tratando de beneficiário inválido;

IV - a maioridade de filho, irmão órfão ou pessoa designada, aos 21 (vinte e um) anos de idade;

V - a acumulação de pensão na forma do art. 225;

VI - a renúncia expressa.

Parágrafo único. A critério da Administração, o beneficiário de pensão temporária motivada por invalidez poderá ser convocado a qualquer momento para avaliação das condições que ensejaram a concessão do benefício. (Incluído pela Lei n. 11.907, de 2-2-2009.)

Neste passo prevê a lei as causas de perda da qualidade de beneficiário, elencando-as nos incs. I a VI.

A primeira é o falecimento daquela pessoa, e nem poderia ser diferente; a demonstração desse fato há de ser feita pelos demais beneficiários, se houver, ou, em não os havendo, pela própria Administração, para autorizar a cessação dos pagamentos.

Outra causa de anulação, que ocorre em verdade raramente, acontece quando, após a concessão da pensão ao cônjuge do servidor falecido, o casamento entre eles é anulado. Temos aí, portanto, a anulação do casamento ocorrida após a morte de um dos cônjuges, no caso o servidor. Nesta hipótese, quando a pensão já fora concedida ao cônjuge supérstite, por força do que dispõe o art. 207, I, *a*, da L. 8.112, a anulação do casamento enseja a perda da qualidade de beneficiário para o ex-cônjuge.

Uma terceira causa de perda da qualidade de beneficiário é a cessação de invalidez do pensionista que apenas por essa qualidade era beneficiário. Existem formas de invalidez permanente e formas de invalidez temporária.

Demonstrando a Administração que o beneficiário não é mais inválido, por ter cessado aquele seu estado, imediatamente fará suspender o pagamento das pensões.

A quarta causa é o atingimento da maioridade do filho, irmão órfão, ou pessoa designada, aos 21 anos de idade. Essa é a maioridade plena, civil, que transfere definitivamente o cidadão de uma situação, em que era apenas parcialmente capaz para os atos da vida civil, para outra, em que passa a ser absolutamente capaz para todos eles, salvo casuísticas exceções previstas na Constituição, como a sua eleição para certos cargos (p. ex., de Presidente da República). Essa causa está relacionada com as alíneas do inc. II do art. 217.

Não pode o pensionista acumular mais de uma pensão. Fazendo-o, uma delas deverá ser cancelada, e quanto a esta o acumulador, a quem o art. 225 confere o direito de opção pela mais vantajosa, perderá a qualidade de beneficiário, mantendo-a, evidentemente, quanto à outra pensão que detenha.

A última causa de perda da condição de beneficiário é a renúncia expressa à pensão. Sendo a pensão um direito e não uma obrigação, como qualquer direito pode ser renunciada, não tendo o menor sentido lógico, nem portanto jurídico, conceber algum direito irrenunciável, imposto, que precisa forçosamente ser fruído. Tal, se existir, direito não será, e sim obrigação. A principal característica do direito é a voluntariedade de seu exercício; suprindo-se essa voluntariedade, para obrigar alguém a obter algum direito, converte-se nesse passo aquele direito em autêntica obrigação, ou dever.

Desse modo, em atenção à lógica e à teoria mais correta do direito, e por mais alimentar que seja o seu caráter, e mais essencial que seja sua manutenção, como qualquer direito poderá ser livremente renunciado, desde que se revestindo a renúncia dos requisitos civis exigidos para a prática deste ato. Não é cabível, por exemplo, a renúncia de pensão por um tutor ou um curador, pois este estaria renunciando um direito que afinal não é seu, mas pertence a alguém que apenas representa.

Em hipóteses regulares e usuais, entretanto, um direito a pensão, repita-se, como qualquer outro direito, é inteiramente renunciável, e pode ocorrer no âmbito da Administração, desde que por modo expresso e oficialmente consignado, para acarretar a perda da condição de beneficiário de pensão regida pela L. 8.112.

O parágrafo único, introduzido pela Lei n. 11.907/2009, estabelece uma regra plenamente lógica e coerente com o sistema jurídico, baseada no preceito de que as aposentadorias por invalidez são sempre, e por princípio, *reversíveis*, bastando que para isso cesse a causa ensejadora da inativação. Nesse exato sentido também o art. 188 teve acrescido um § 5º, pela mesma Lei n. 11.907/2009, para declarar a reversibilidade, a qualquer tempo, do aposentado por invalidez (e do licenciado pra tratamento de sua saúde) que deixar de ser inválido (ou de merecer licença) por aquele motivo.

Os comentários àquele novel dispositivo valem para cá, com a só alteração de que neste caso não se trata nem de licença médica nem de aposentadoria mas de pensão por invalidez, que não seria devida se não fosse inválido o beneficiário. Natural em caso assim que seja o beneficiário submetido a exames temporários, que verifiquem a mantença das causas invalidantes e ensejadoras da pensão: uma vez cessadas essas causas corolariamente há de cessar o benefício, que então se tornará indevido segundo a competente atestação médica.

O dispositivo, sintético, correto e claramente necessário ao melhor direito, tende a fazer cessar conhecidos abusos que amiúde se noticiam, merecendo enaltecimento.

Art. 223. Por morte ou perda da qualidade de beneficiário, a respectiva cota reverterá:

I - da pensão vitalícia para os remanescentes desta pensão ou para os titulares da pensão temporária, se não houver pensionista remanescente da pensão vitalícia;

II - da pensão temporária para os cobeneficiários ou, na falta destes, para o beneficiário da pensão vitalícia.

Sempre que algum beneficiário de pensão venha a falecer, ou a perder a qualidade de beneficiário, reverterá a cota de pensão a outra pessoa, quando não for caso de extinção.

Se o beneficiário era titular de pensão vitalícia, por sua morte ou perda daquela qualidade, sua pensão reverterá para os demais beneficiários, que com ele a dividiam. Caso não existam esses remanescentes, reverterá a cota do beneficiário para os titulares de pensão temporária, se acaso existentes. Reverte a pensão vitalícia, antes, para beneficiário remanescente de pensão vitalícia, e apenas para beneficiário de pensão temporária, caso não existam os primeiros.

Da mesma forma que quanto à pensão vitalícia, a pensão temporária reverterá para, em primeiro lugar, os beneficiários remanescentes de pensão temporária, dirigindo-se aos da vitalícia apenas em não existindo aqueles. Observa-se que, enquanto houver algum beneficiário de pensão, seja temporária, seja vitalícia, toda ela deverá ser paga, crescendo a cota de cada beneficiário à medida que o seu número total diminui.

Correlatamente ao tema assim decidiu o TRF-1ª Região: “1. Comprovadas a convivência marital e a dependência econômica, tem direito a companheira à cota-parte da pensão do ex-servidor público federal em concorrência com a viúva. 2. A continuidade da vida em comum autoriza percepção do benefício, não obstante o nascimento de filho da companheira com terceiro, ocorrido no decorrer daquela união” (AC n. 100039206-BA, 1ª Turma, *DJ*, 5-11-2002).

Art. 224. As pensões serão automaticamente atualizadas na mesma data e na mesma proporção dos reajustes dos vencimentos dos servidores, aplicando-se o disposto no parágrafo único do art. 189.

Este artigo apenas vertia para o plano da L. 8.112 o direito constitucional dos pensionistas, que era estabelecido nos §§ 4º e 5º do art. 40 da Constituição Federal, na sua redação originária, e sempre limitadamente ao "teto" remuneratório dado pelo inc. XI do art. 37.

Mudou entretanto o direito constitucional, e, pela redação que a EC n. 41/2003 deu ao § 8º do art. 40 da Constituição, *não mais se transmitem* automaticamente aos pensionistas as atualizações dadas aos vencimentos do pessoal ativo, porém serão aumentadas as pensões "conforme critérios estabelecidos em lei", que há de ser neste caso federal, de âmbito exclusivo para os pensionistas da União. Aquele direito inicial, portanto, não mais existe para os pensionistas federais, observada a exceção a seguir exposta.

A exceção à incomunicabilidade dos aumentos dos ativos às pensões é dada pelo art. 7º da EC n. 41/2003, que, em homenagem aos pensionistas que já vinham recebendo aquela transmissão automática de aumentos no dia 20 de dezembro de 2003, para esses manteve o benefício. Assim, se o cidadão já era pensionista federal na data de publicação da EC n. 41, merecerá aumento em sua pensão sempre que os servidores federais ativos tiverem aumento remuneratório, na mesma data e proporção.

A Carta portanto diferenciou nítida e vividamente pensionistas anteriores a 20-12-2003 dos que passaram a sê-lo apenas após essa data, e o claro propósito ao desigualar uns e outros não foi inédito neste passo, porém existem precedentes constitucionais recentes no mesmo sentido, como o caso do art. 3º da EC n. 47/2005, dentre vários outros.

Fundamentou materialmente essa diferenciação entre seres semelhantes — não iguais — a muito decantada e propalada necessidade pública de apertar alguns direitos financeiros de determinadas categorias de beneficiários de verbas públicas, ativos e inativos, e a consideração sobre a "justiça" aí envolvida não parece fadada a grande futuro, em face, a um, do estado de necessidade econômico-financeira que se alegou, e, a dois, pela inexistência de direito

adquirido, aos recentes beneficiários, de que se pensionassem pelas regras constitucionais antigas, já que não existe direito adquirido à imutabilidade de regras para a constituição de futuros direitos.

Sobre a matéria o DRH da SAF já expedira a Orientação Normativa n. 30.

Art. 225. Ressalvado o direito de opção, é vedada a percepção cumulativa de mais de duas pensões.

Por este artigo a L. 8.112 proíbe a acumulação de mais de duas pensões pelo mesmo beneficiário, sejam elas oriundas da situação que for. O mesmo beneficiário está, simplesmente, proibido de receber mais de duas pensões, porém, antes disso, está a Administração proibida de pagar mais de duas, ao mesmo beneficiário.

A L. 8.112 é tão concessiva e flexível, neste ponto, quanto a legislação previdenciária nacional (enfeixada basicamente nas Leis n. 8.212 e 8.213, ambas de 24-7-1991), que permite sejam acumuladas pensões pelo mesmo beneficiário. Por aqui é proibida apenas a concessão de uma terceira pensão, sendo que duas, em certos casos, podem ser concedidas.

Referem-se as duas possíveis pensões, atentando-se para o disposto no art. 215, à hipótese de o beneficiário ser dependente de pai e mãe que tenham sido, ambos, servidores federais, regidos pela L. 8.112; cada qual dos pais, falecendo, fez ensejar o pagamento de uma pensão ao dependente — e esta é a hipótese de maior prodigalidade que a lei permite.

Quanto à opção referida, trata-se de outro mau momento da lei, que não especifica do que se trata, quando, apenas por mencioná-la, precisaria ter determinado.

A matéria *opção por pensão*, por sua natureza e onerosidade, é própria de lei, não podendo ter ficado dependente tão só de regulamentação, como aqui ficou.

Seja como for, mesmo à falta de maior disciplinamento na lei, o direito, deferido ao dependente, de acumular até duas pensões, não pode restar prejudicado, e mesmo sem qualquer regulamentação é, em ocorrendo a hipótese que o propicia, desde já exigível.

Seção VIII

DO AUXÍLIO-FUNERAL

Art. 226. O auxílio-funeral é devido à família do servidor falecido na atividade ou aposentado, em valor equivalente a 1 (um) mês da remuneração ou provento.

§ 1º No caso de acumulação legal de cargos, o auxílio será pago somente em razão do cargo de maior remuneração.

§ 2º (Vetado.)

§ 3º O auxílio será pago no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, por meio de procedimento sumaríssimo, à pessoa da família que houver custeado o funeral.

Auxílio-funeral é um benefício que não tem em vista tão somente a família do servidor, podendo recair sobre terceiro, particular, que haja custeado o funeral do servidor falecido, como veremos adiante.

É devido, em princípio, à família do servidor falecido em atividade ou já aposentado, tendo como razão de ser o custeio das despesas havidas com o funeral daquele servidor. Seu valor é estipulado em um mês de remuneração integral, caso o servidor haja falecido ainda na ativa, ou do provento da aposentadoria, caso falecesse quando já aposentado. Acontecendo acumulação legal de cargos, apenas o maior deles indicará o valor a ser pago a título de auxílio-funeral.

Será o benefício pago em até quarenta e oito horas, contadas do funeral,

mediante procedimento sumaríssimo de demonstração do óbito e das despesas havidas, diretamente à pessoa da família que houver custeado o sepultamento, disso devendo ela fazer prova. Se mais de uma pessoa o houverem custeado, uma delas deverá representar a todas para efeito de receber a prestação.

Trata-se de um benefício, como são todos nesta matéria, de cunho eminentemente securitário, não importando para esse efeito tenha sido o servidor enterrado ou cremado, pois para ambas as hipóteses o que a lei prevê é a concessão singular do benefício.

Foi vetado o § 2º deste artigo, e o veto não foi derrubado pelo Congresso Nacional. A redação original do projeto mandava conceder ao servidor auxílio-funeral também pela morte de seu cônjuge ou companheiro, e o Presidente da República impugnou o dispositivo por entendê-lo "vantagem totalmente descabida, que, em última instância, visa simplesmente oferecer salário indireto aos servidores, sem a menor referência ao padrão estabelecido para Previdência Social, que limita este tipo de benefício apenas aos casos de falecimento do segurado".

As razões do veto não foram tecnicamente muito bem expressadas, mas seu mérito é bom, já que parece excessivamente pródiga com o erário uma lei que ofereça benefícios securitários, à custa de dinheiro público, por fatos que nada têm, nem remotamente, com o desempenho das atribuições de seu cargo, por servidor regido pela L. 8.112.

Sobre a matéria v. Orientação Normativa n. 101 do DRU da SAF.

Art. 227. Se o funeral for custeado por terceiro, este será indenizado, observado o disposto no artigo anterior.

A lei confere direito a terceiro, não servidor, de receber um benefício originariamente concebido para a família do servidor falecido, e que tem por fim apenas ressarcir ou indenizar, ainda que por estimativa, o particular que haja

custeado despesas com o funeral de servidor público.

Não se trata da mesma hipótese, absolutamente injusta, constante da redação original do § 2º do art. 226, vetada pelo Presidente da República; aqui a lei visou ressarcir a um terceiro que foi prejudicado com despesas funerárias de servidor, pelo que se indica meritório e justo o dispositivo.

Precisará o custeador do funeral demonstrar havê-lo feito, pelos meios ordinários admitidos na Administração, para merecer o benefício. As bases da indenização serão as mesmas daquelas existentes para a família do servidor, com esteio no art. 226.

Art. 228. Em caso de falecimento de servidor em serviço fora do local de trabalho, inclusive no exterior, as despesas de transporte do corpo correrão à conta de recursos da União, autarquia ou fundação pública.

Correrão ainda por conta da União as despesas referentes ao transporte do corpo, denominado traslado, quando o servidor faleça a serviço fora do local de trabalho, inclusive no exterior.

Em casos assim, quem houver custeado a despesa poderá, demonstrando-a à Administração, requerer o ressarcimento respectivo, que será integral. Caso possa, deverá ser a própria União a pessoa jurídica responsável pelo pagamento originário daquelas despesas, e aí se incluem também as autarquias e as fundações públicas federais.

Não é apenas a Administração centralizada da União responsável pelo custeio destas despesas, como também, em seu próprio nome cada autarquia e cada fundação pública pertencente à União, cujo servidor haja falecido fora do local de trabalho, a serviço.

Seção IX

DO AUXÍLIO-RECLUSÃO

Art. 229. À família do servidor ativo é devido o auxílio-reclusão, nos seguintes valores:

I - 2/3 (dois terços) da remuneração, quando afastado por motivo de prisão, em flagrante ou preventiva, determinada pela autoridade competente, enquanto perdurar a prisão;

II - metade da remuneração, durante o afastamento, em virtude de condenação, por sentença definitiva, a pena que não determine a perda de cargo.

§ 1º Nos casos previstos no inciso I deste artigo, o servidor terá direito à integralização da remuneração, desde que absolvido.

§ 2º O pagamento do auxílio-reclusão cessará a partir do dia imediato àquele em que o servidor for posto em liberdade, ainda que condicional.

Por este dispositivo securitário, de índole também marcadamente assistencial, responsabiliza-se a União pela mantença dos dependentes de um servidor que com relação a eles não teve o mesmo senso de responsabilidade. Supre o artigo, no maior número de vezes, a irresponsabilidade do servidor para com sua família.

Se o servidor é preso em flagrante ou preventivamente, afastando-se portanto do trabalho, à sua família será devido auxílio-reclusão equivalente a dois terços da remuneração (v. art. 41) enquanto perdurar essa modalidade de prisão. Caso, entretanto, a situação enseje uma condenação, definitiva, a pena que não determine a perda do cargo, restringir-se-á à metade daquele valor o montante do benefício a ser pago à família.

Caso a condenação seja a pena que determine a perda do cargo, evidentemente pela demissão, nenhum benefício será devido à família do servidor; com efeito, seria de todo irrazoável que a lei concedesse o benefício a dependente de servidor demitido por pena acessória a outra bastante grave, que

lhe determina prisão. O servidor demitido simplesmente deixa de ser servidor, e, uma vez que perca essa condição enquanto na ativa, direito previdenciário algum remanesce aos seus dependentes.

Quando não for paciente de sentença definitiva, condenatória, e a final for absolvido no julgamento que mereceu, passará o servidor a merecer a integralização, paga de uma só vez, de toda a remuneração que deixou de receber, somada, enquanto esteve preso em flagrante ou preventivamente, segundo a hipótese do inc. I. Neste caso, requererá o servidor, retomando ao serviço, à Administração aquela integralização. Anexará, então, quando do requerimento, documentação comprobatória de toda a situação.

Fixa por fim o § 2º que cessa o pagamento do benefício tão logo o servidor seja libertado, ainda que em caráter provisório. Só se compreende, efetivamente, o pagamento do auxílio-reclusão a quem estiver recluso, carecendo de qualquer sentido a mantença dos pagamentos a quem, seguramente com grande alegria, perdeu a condição que o ensanchava.

Ressalte-se que é indevido qualquer pagamento de auxílio-reclusão que compute dia ou período em que o servidor não esteve efetivamente preso, ainda que da libertação não tenha sido comunicada a Administração. Caso, uma vez libertado, o servidor não comunique o fato à Administração, nem reassuma o exercício, deixará de merecer tanto o auxílio-reclusão quanto seu vencimento desse período, conforme venha o Estado a apurar.

Capítulo III

DA ASSISTÊNCIA À SAÚDE

Art. 230. A assistência à saúde do servidor, ativo ou inativo, e de sua família compreende assistência médica, hospitalar, odontológica, psicológica e farmacêutica, terá como diretriz básica o implemento de ações preventivas voltadas para a promoção da saúde e será prestada

pelo Sistema Único de Saúde — SUS, diretamente pelo órgão ou entidade ao qual estiver vinculado o servidor, ou mediante convênio ou contrato, ou ainda na forma de auxílio, mediante ressarcimento parcial do valor despendido pelo servidor, ativo ou inativo, e seus dependentes ou pensionistas com planos ou seguros privados de assistência à saúde, na forma estabelecida em regulamento. (Caput com redação dada pela Lei n. 11.302, de 10-5-2006.)

§ 1º Nas hipóteses previstas nesta Lei em que seja exigida perícia, avaliação ou inspeção médica, na ausência de médico ou junta médica oficial, para a sua realização o órgão ou entidade celebrará, preferencialmente, convênio com unidades de atendimento do sistema público de saúde, entidades sem fins lucrativos declaradas de utilidade pública, ou com o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS. (§ 1º incluído pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

§ 2º Na impossibilidade, devidamente justificada, da aplicação do disposto no parágrafo anterior, o órgão ou entidade promoverá a contratação da prestação de serviços por pessoa jurídica, que constituirá junta médica especificamente para esses fins, indicando os nomes e especialidades dos seus integrantes, com a comprovação de suas habilitações e de que não estejam respondendo a processo disciplinar junto à entidade fiscalizadora da profissão. (§ 2º incluído pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

§ 3º Para os fins do disposto no caput deste artigo, ficam a União e suas entidades autárquicas e fundacionais autorizadas a: (§ 3º e incisos incluídos pela Lei n. 11.302, de 10-5-2006.)

I - celebrar convênios exclusivamente para a prestação de serviços de assistência à saúde para os seus servidores ou empregados ativos, aposentados, pensionistas, bem como para seus respectivos grupos familiares definidos, com entidades de autogestão por elas patrocinadas

por meio de instrumentos jurídicos efetivamente celebrados e publicados até 12 de fevereiro de 2006 e que possuam autorização de funcionamento do órgão regulador, sendo certo que os convênios celebrados depois dessa data somente poderão sê-lo na forma da regulamentação específica sobre patrocínio de autogestões, a ser publicada pelo mesmo órgão regulador, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias da vigência desta Lei, normas essas também aplicáveis aos convênios existentes até 12 de fevereiro de 2006;

II - contratar, mediante licitação, na forma da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde que possuam autorização de funcionamento do órgão regulador;

III - (Vetado.)

§ 4º (Vetado.)

§ 5º O valor do ressarcimento fica limitado ao total despendido pelo servidor ou pensionista civil com plano ou seguro privado de assistência à saúde. (§ 5º incluído pela Lei n. 11.302, de 10-5-2006.)

I

Este artigo foi bastante ampliado pela Lei n. 9.527/97, que lhe modificou o *caput* e acresceu dois parágrafos, e a seguir o foi também pela Lei n. 11.302, de 10-5-2006, que lhe alterou o *caput* e acresceu os §§ 3º a 5º, tendo sido posteriormente vetado o § 4º. O artigo não cessa de crescer, e com técnica microscópica, de qualidade ínfima.

Mesmo com todas essas alterações, ainda contém parte que seguramente permanecerá íntegra e parte que fatalmente sucumbirá ou será modificada ante alterações, que são tradicionais, na legislação que institui o Sistema Nacional de Saúde. Atualmente vige o *Sistema Único de Saúde*, instituído pela União, mas ninguém poderá assegurar por quanto tempo. Desse modo, a referência a este SUS pela L. 8.112 quedará prejudicada tão logo se altere ou desapareça em favor de outro sistema hodierno.

Importa entretanto observar do artigo que a L. 8.112 traçou uma norma exageradamente ampla, preceptiva, de caráter extraordinariamente genérico e abrangente, pretendendo de algum modo circunscrever a definição de assistência à saúde do servidor para os efeitos desta lei.

Estão englobadas neste conceito de assistência à saúde, assim, as noções de assistência médica, assistência e internamento hospitalar, assistência odonto-lógica, psicológica e farmacêutica, assim como ações preventivas de saúde, sendo esses serviços prestados pelo atual Sistema Único de Saúde, ou ainda diretamente pelo órgão ou entidade ao qual estiver vinculado o servidor, em seu nome próprio, ou ainda através de entidades particulares, conveniadas ou — a novidade da Lei n. 9.527/97 — que mantenham contrato com a Administração central, tudo na forma de regulamentos que disciplinem aquelas relações negociais entre servidores públicos e entes de assistência à saúde.

Esta última forma do *caput* indica que não apenas os ditos convênios podem ser utilizados para prestar serviço ao servidor, mas também contratos de serviço, assim desde logo caracterizados. Fez bem neste ponto a lei modificadora, eis que muitas vezes sob o falso rótulo de convênios existem verdadeiros contratos de prestação de serviço que geram obrigações institucionais às partes, e que como tais podem ser até mesmo cobradas ou, se for o caso, executadas judicialmente.

Não poderia haver previsão mais ampla e genérica; de tão abarcantes estas prescrições quase nada dizem, tendo apenas o efeito de centrar o problema, para que leis ou regulamentos disciplinem efetivamente como se dará, para o servidor, para sua família, com relação à União, a prestação de cada um dos serviços aí enumerados.

Ocorre que a lei generalizou formidavelmente em alguns temas, porém não foi cautelosa o suficiente para incluir, ainda que também de modo genérico, outros eventuais serviços que por força se devem incluir no conceito de assistência à saúde do servidor, os quais o artigo não menciona. Certos tratamentos especializados, certos treinamentos, certas prevenções e

determinadas outras atividades de caráter preventivo à saúde, ou de natureza corretiva e terapêutica, ainda que não previstos nesse art. 230, enquadram-se hoje em dia na ampla noção de assistência médica e hospitalar.

Dessa maneira, dificilmente poderá a União furtar-se a prestá-los sempre que acaso se demonstre sua necessidade, pela simples omissão literal no art. 230, considerada a abrangência extraordinária dos institutos que aí estão previstos.

Fica bem evidente que o Sistema Único de Saúde não será necessariamente o único responsável pelos serviços elencados no artigo; pode cada entidade funcional, ou autárquica, manter um serviço assistencial próprio, que, atendendo a contento as necessidades do servidor, substitua certas assistências que apenas o Sistema Único poderá prestar. Porque, de certo modo, tem o servidor, seja da Administração centralizada, seja da autárquica, seja da fundacional pública, direito a todos os serviços prestados pelo Sistema Único de Saúde ou equivalente, filiado que esteja, ou não, ao SUS.

Parece, com efeito, impossível discriminar servidores filiados a um ou a outro sistema de saúde, para efeito de a alguns indeferir prestações determinadas. O princípio constitucional da universalidade de atendimento prepondera, do modo como se o possa aplicar, sobre diferenças como tais.

II

O § 1º do artigo consigna que inexistindo Médicos ou juntas médicas oficiais para atender o servidor em suas demandas junto ao sistema será dada preferência a entes do sistema público de saúde, ou entes sem fins lucrativos, e aí temos a figura de instituições privadas, ou ainda o INSS, tudo através de convênio.

Isso significa que a Administração federal, compreensivelmente, não pretende conveniar-se com, ou contratar, entidades privadas de fins lucrativos para prover a lacuna do SUS antes de esgotar as possibilidades de fazê-lo *ou* com outros entes públicos como o INSS *ou* com entes particulares porém sem

finalidade de lucro, ou sejam entes assistenciais ou benemerentes, declarados de utilidade pública por algum nível de governo, não necessariamente o federal.

E o § 2º, disposto na sequência da regra do anterior, informa, com redação algo lacunosa, que se não for possível atender a *prioridade* prevista no § 1º — convênio com os entes ali elencados — então o órgão federal onde lotado o servidor necessitado de assistência contratará pessoa jurídica privada de atendimento à saúde, e essa constituirá uma junta médica discriminando e qualificando seus integrantes, e sob a condição de que aqueles profissionais não estejam sendo processados disciplinarmente em suas entidades de fiscalização profissional.

O casuísmo dessa última previsão é assustador, e de tão insignificante jamais deveria preocupar o legislador neste tema de fundamental importância. Não contém o dispositivo, de resto, maior dificuldade de compreensão, e indica a série de providências que a Administração federal precisará tomar para a contratação de entes particulares e de fins lucrativos, como hospitais, clínicas ou outros estabelecimentos de saúde, sempre que não consiga conveniar — ou mesmo se for o caso *contratar* — com as entidades preferenciais indicadas no § 1º, para prestar assistência a seus servidores regidos pela L. 8.112.

E não deixa de ser curiosa a previsão de que aqueles entes privados precisarão constituir juntas médicas, e com isso não poderão prestar os serviços por profissionais isoladamente, pois nesse momento a lei emprestou a feição pública de colegiado — a ideia de *juntas médicas oficiais* — a tais juntas, como se isso assegurasse algo que um profissional isolado não pudesse garantir com seu trabalho, ou tal qual se a figura da junta tornasse mais oficial a sua natureza; seja como for, são providências objetivamente elencadas na lei, e de inequívoco sentido.

III

O § 3º, introduzido pela Lei n. 11.302, de 10-5-2006, fixa algumas genéricas

autorizações para a União, suas autarquias e fundações “autorizadas”. Vários problemas se detectam apenas até aqui:

a) deve ter-se esquecido o legislador, outra vez, de que a L. 8.112 não é lei para o Executivo apenas, mas para todos os entes da União, e todos os seus Poderes. Previu aqui regras apenas para o Executivo, com as suas institucionalmente vinculadas autarquias e as fundações, ambos se “autorizados”;

b) não esclareceu, mesmo para estes entes apenas, que espécie de autorização é essa, o que faz supor que depende de atos administrativos nesse sentido, a serem praticados pelo Executivo central;

c) as autorizações genéricas aqui praticadas ou são desnecessárias ou em verdade não autorizam coisa alguma. Exemplificando, para celebrar *convênios*, cf. inc. I deste § 3º, a Administração não precisa de autorização legislativa alguma, como já deliberou o STF há algumas décadas, e conforme reza a sua jurisprudência mais pacífica e invariável**[76]**, assaz de vezes invocada e aproveitada por Estados e sobretudo por Municípios brasileiros. Quanto a especificar requisitos para os convênios da União, poderiam de fato (como reza o dispositivo) figurar apenas em regulamentos específicos — como aliás já figuram em alguns, caso da importante Instrução Normativa n. 1, de 1997, da Secretaria do Tesouro Federal —, sem necessidade de sobrecarregar ainda mais o estatuto dos servidores federais.

E a autorização para contratar *operadoras de planos de seguros*, cf. inc. II deste § 3º, já está naturalmente dada pela lei de licitações, que o dispositivo menciona. A Administração não precisa de autorização para utilizar a lei de licitações. Por outro lado, quanto a esse específico objeto de contratação — “operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde autorizados” —, parece que jamais foi ou esteve proibida a sua contratação pelo poder público, daí a rebarbatividade e a rematada inutilidade do dispositivo.

Vetados tanto o inc. III, deste § 3º, quanto o § 4º do artigo, o último

dispositivo do artigo é o § 5º, do qual se lê que o ressarcimento ao servidor, ou seu pensionista “civil”, que arcou com a despesa de plano de saúde, ou de seguro privado de saúde, será limitado ao total por aquele despendido.

Em primeiro, não se compreende a alusão a pensionista civil, pois que esta lei não cuida de servidores nem de pensionistas militares. Em segundo, parece ter restado truncado o dispositivo, talvez com o veto aos dois dispositivos mencionados, pois que o assunto de ressarcimento a quem pagou despesa com plano de saúde, que surge neste § 5º, surpreende o leitor, que não o vira anunciado ou sequer tangenciado anteriormente.

Mas sobra claro, na hipótese permitida que for, que se o servidor ou seu pensionista não forem atendidos diretamente pela União, e se precisarem para tanto valer-se de seus planos privados de saúde, então a União os ressarcirá dessa despesa.

E também aqui não fica claro o dispositivo sobre como será e de quanto será o ressarcimento, porque um plano de saúde se paga por prestações mensais, que cobrem as necessidades do signatário após vencidas as carências, *a qualquer tempo em que necessite os serviços*, e desse modo não se pode precisar o que ou quanto, de tais pagamentos, terá servido para ressarcir o tratamento que o servidor mereceu. Qual terá sido, então, em caso assim, sua despesa exata, que seja ressarcida pela União?

Como está e como ficou, o dispositivo restou quase imprestável — provavelmente, repita-se, pelo duplo veto anterior —, e, se não for outra vez modificada a lei para esclarecê-lo e completá-lo convenientemente, o impasse na sua aplicação deverá tentar resolver-se em regulamentos e instruções internas do Executivo, o que sempre deixa a desejar em matéria da observância do princípio da legalidade.

Se foram ruins as modificações ao artigo, muito piores ficaram, ao que parece, após os parciais vetos do Executivo.

Capítulo IV

DO CUSTEIO

Art. 231. (Revogado pela Lei n. 9.783, de 28-1-1999.)

Título VII

Capítulo Único

DA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO

Arts. 232 a 235. (Revogados pela Lei n. 8.745, de 9-12-1993.)

Os arts. 232 a 235, que compunham este Capítulo único, foram revogados pela Lei n. 8.745, de 9-12-1993 (art. 18), a lei da contratação por tempo determinado para atender necessidades temporárias de excepcional interesse público, nos termos do inc. IX do art. 37 da Constituição.

Com a medida o legislador federal corrigiu uma das mais gritantes falhas da L. 8.112 — autêntico aleijão legislativo denunciado com veemência em duas edições anteriores —, revogando artigos que jamais poderiam ter sido escritos, sobretudo em foro de um estatuto de servidores públicos como é a L. 8.112.

A Lei n. 8.745/93, extirpou do texto da L. 8.112 o canhestro e esdrúxulo disciplinamento que ali existia (arts. 232 a 235) de contratos de locação de serviço, regidos pelo Código Civil, para suprir necessidades temporárias de excepcional interesse público, conforme admitido — de outro modo, por certo, como agora se deu — pela Constituição, art. 37, IX, e agora disciplinou aceitavelmente a matéria, fora e longe desta L. 8.112.

A última edição consignava o inteiro teor da Lei n. 8.745/93, o que nesta se suprime em face de que a matéria, recente quando daquela edição, há tempo deixou de constituir novidade em nosso direito, e vem sendo exercitada pela Administração há mais de década, fora do âmbito da L. 8.112.

Título VIII

Capítulo Único

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 236. O Dia do Servidor Público será comemorado a vinte e oito de outubro.

Em prestígio da tradição iniciada em 1939, com a publicação do Estatuto dos Funcionários Federais, observada também pelo Estatuto de 1952, a L. 8.112 consagra o dia 28 de outubro ao servidor público. Tão tradicional passou a ser a data que até mesmo estatutos estaduais e municipais de funcionários a observam com frequência.

De relevante quanto a esta questão cumpre apenas ressaltar que esse dia, sendo tradicionalmente decretado ponto facultativo, não é dia útil para efeito algum, sobretudo tendo em vista a redação do art. 238.

Art. 237. Poderão ser instituídos, no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, os seguintes incentivos funcionais, além daqueles já previstos nos respectivos planos de carreira:

I - prêmios pela apresentação de ideias, inventos ou trabalhos que favoreçam o aumento de produtividade e a redução dos custos operacionais;

II - concessão de medalhas, diplomas de honra ao mérito, condecoração e elogio.

Através deste artigo a L. 8.112 autoriza que os três Poderes da União

instituam, por atos próprios de cada qual e sem necessidade de outra lei, alguns incentivos funcionais, inexistentes nos planos de carreira ou em outros momentos da legislação respectiva.

São eles prêmios pela apresentação de ideias, inventos ou trabalhos tendentes a favorecer o incremento da produtividade do serviço público ou a redução dos custos operacionais, além de medalhas, diplomas de honra ao mérito, condecorações e elogios.

Tais prêmios e incentivos são sob todo enfoque elogiáveis, uma vez que somente poderá ser positivo o resultado de qualquer iniciativa, por parte de servidor, a propósito dos temas aqui focados, todos tendentes a melhorar a qualidade dos serviços públicos, sejam internos, sejam externos à população.

Cada qual desses incentivos, prêmios ou honrarias há de merecer regulamento próprio, ainda que sucinto, onde se estabeleçam critérios e condições para sua concessão, de modo a observar os princípios constitucionais da impessoalidade e da publicidade, essenciais ao bom êxito de qualquer iniciativa desse jaez.

Não é desprezível, no entanto, um prêmio como os aqui focados, que pode favorecer o servidor por ocasião de concursos públicos ou internos, se o edital ou a norma os admite como títulos.

Art. 238. Os prazos previstos nesta Lei serão contados em dias corridos, excluindo-se o dia do começo e incluindo-se o do vencimento, ficando prorrogado, para o primeiro dia útil seguinte, o prazo vencido em dia em que não haja expediente.

Este artigo traduz a regra constante do art. 184 do Código de Processo Civil, sendo cediça na Administração a sua aplicação, obrigatória até mesmo se a L. 8.112 a propósito silenciasse, por aplicação subsidiária do mesmo Código de Processo Civil. Todo o enunciado do artigo é, de resto, de meridiana clareza.

A regra é de que nenhum prazo começa a ser contado, ou vence, em dia que não seja útil, mas no dia útil subsequente.

Dia útil é tão só aquele em que existe expediente administrativo na repartição — e não serviço à população, que pode estar disponível 24 horas por dia, ininterruptamente. Tais serviços, como de polícia, saúde pública, corpo de bombeiros, segurança, transportes, serviços concedidos ou permitidos prestados ininterruptamente, ainda que prestados sem interrupção, não fazem configurar dias úteis nos órgãos públicos que os prestam à população, sendo dias úteis apenas aqueles em que existe expediente interno nesses órgãos, e seja isso pelo horário diário que for, como de apenas uma hora diária, por exemplo.

Observa-se que a L. 8.112 não se refere em momento algum a dias úteis, porém em muitos casos menciona dias consecutivos, como a enfatizar a regra aqui exposta.

Sobre a questão o DRH da SAF expediu a Orientação Normativa n. 13.

> *Art. 239. Por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, o servidor não poderá ser privado de quaisquer dos seus direitos, sofrer discriminação em sua vida funcional, nem eximir-se do cumprimento de seus deveres.*

Neste momento a L. 8.112 repete, com redação reordenada, o direito individual garantido ao cidadão comum na Constituição Federal, pelo inc. VIII do art. 5º. Cuida a lei aqui, evidentemente, não do cidadão, mas do servidor público.

Aqui a lei reafirma a parte inicial do inciso constitucional, modificando-o *in fine*, quando prevê que a crença religiosa, ou a convicção filosófica ou política, pela qual o servidor tem direito de não ser discriminado em qualquer de seus direitos, também não lhe pode servir para eximir-se do cumprimento de seus deveres.

É conhecida a alegação de certos religiosos, ou de servidores de determinadas convicções religiosas, para eximir-se de prestações estatais obrigatórias, como o serviço militar. A própria Constituição Federal, no art. 143, estabelece que podem existir serviços alternativos ao cidadão que em tempo de paz, após alistados para o serviço militar, aleguem imperativo de consciência para não cumpri-lo, invocando convicção religiosa, filosófica ou política, com o fim de se eximirem de atividades bélicas. como operações em frente de batalha.

A L. 8.112 procede de modo diferente quanto aos seus servidores, impedindo que essas alegações religiosas, filosóficas ou políticas possam justificar descumprimento de seus deveres, quando apresentadas por qualquer servidor federal. Aquelas convicções têm, portanto, dupla face: uma protetiva ao servidor, garantindo-lhe indiscriminação em seu serviço, e outra garantidora à Administração de que não precisará levá-las em conta sempre que alegadas por servidor, com fim de esse eximi-lo da obrigatória prestação dos serviços atinentes a seu cargo.

Não pode prosperar assim, junto à Administração, com fim de isenção de certas obrigações, qualquer alegação, da parte de servidor, de convicção religiosa ou filosófica contrária ao cumprimento de atribuições específicas de seu cargo.

Art. 240. Ao servidor público civil é assegurado, nos termos da Constituição Federal, o direito à livre associação sindical e os seguintes direitos, entre outros, dela decorrentes:

a) de ser representado pelo sindicato, inclusive como substituto processual;

b) de inamovibilidade do dirigente sindical, até um ano após o final do mandato, exceto se a pedido;

c) de descontar em folha, sem ônus para a entidade sindical a que for filiado, o valor das mensalidades e contribuições definidas em assembleia geral da categoria;

d) (Revogada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

e) (Revogada pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

I

A Constituição Federal garantiu ao servidor público o direito de associação sindical, através de previsão constante do inc. VI do art. 37. Esse direito era vedado anteriormente ao servidor público, por disposição expressa da CLT, constante do seu art. 566. Tal última previsão legal está evidentemente esvaziada por completo de eficácia, em razão da inédita previsão constitucional referida.

A L. 8.112, aproveitando o ensejo de reformular a estrutura do regime jurídico do servidor federal, fez inserir, neste artigo, disposição sobre o tema, ainda que de modo sintético e reduzidamente.

O servidor se sindicaliza no momento em que a sua categoria resolve instituir um sindicato, quer originariamente, quer por transformação de antiga associação de servidores, já existente. Tornou-se esse um procedimento significativamente simples, que não mais depende de aprovação ou autorização pelo Ministério do Trabalho, por força do disposto no inc. I do art. 8º da Constituição Federal.

A legislação sobre sindicatos, centrada basicamente na CLT, objeto desse inc. I do art. 8º constitucional, não mais pode exigir autorização ministerial para instituição de sindicatos, de modo que a categoria profissional, definida nos moldes da própria Constituição Federal, deliberando constituir um sindicato, não poderá ter esse intento obstado por desautorização do Estado, que apenas pode, no máximo, ser cientificado da instituição, não lhe cabendo opor resistência.

A jurisprudência a respeito do tema foi de início vacilante, mas sua atual vocação é no sentido de que *não é exigível autorização ministerial para o regular funcionamento de um sindicato*. Nesse sentido os acórdãos STJ MS n. 813-DF (91.0003457-6) e TJSP, Apelações Cíveis n. 151.753-2 e 151.754-2-São José dos Campos (*RJTJSP, 123*:221).

Tal orientação é evidentemente aplicável aos sindicatos de servidores, como o é para qualquer outro.

A ideia de sindicalização do servidor público apresenta alguns evidentes inconvenientes, quando se sabe que sindicato é tema diretamente vinculado à negociação coletiva de trabalho, conforme prevê o art. 8º, VI, da Constituição Federal, e à greve.

Quanto à greve, é este também um direito aplicável ao servidor, mas quanto à negociação coletiva ela interfere diretamente, no caso de servidores públicos, com o princípio da legalidade, ou da *reserva legal*, previsto constitucionalmente no art. 37, como regra de obrigatória observância sempre que a Administração pretenda conceder novos onerosos direitos ao servidor, como na hipótese de aumento de vencimento ou salário.

Tem competência o sindicato para pleitear em negociações junto à Justiça do Trabalho aumentos salariais para a categoria sindicalizada. Ocorre que, em obtendo tal direito, ele simplesmente será inexequível pela Administração, se esta não estiver provida de lei específica que autorize o aumento, o qual pode ser este mesmo ou pode ser outro, de percentual ou condição diferente!

O sindicato tem competência constitucional e legal de representar o sindicalizado, neste caso servidor público, em negociações sobre melhoria das condições de trabalho. A Administração está limitada pelo princípio da legalidade. Ambas as partes têm direitos quase irrenunciáveis, como os mencionados, e conflitantes. Como resolver os impasses que certamente irão surgindo ao longo dos anos é matéria que apenas à mais alta Corte de Justiça do País caberá decidir.

A matéria, antes que legal, é de molde constitucional, e a própria Constituição, pretendendo democratizar o acesso à Justiça do Trabalho muito mais do que devia, ensejou este evidente conflito: livre ação sindical, com todos os seus poderes, *versus* princípio da legalidade, com todas as suas restrições.

II

Revogadas as alíneas *d* e *e* do artigo pela Lei n. 9.527/97, as alíneas *a* até *c* especificaram alguns poderes expressos dos sindicatos e servidores, sempre que constituídos: *representação do sindicato,* como substituto processual; *inamovibilidade do dirigente sindical* até um ano após o final do mandato, exceto se a pedido; *desconto em folha* do valor das mensalidades ou contribuições; *negociação coletiva,* e, por fim, *ajuizamento, individual e coletivamente,* na Justiça do Trabalho, *de ações*.

Pelo primeiro poder dissipa-se de uma vez a questão, também surgida no início da vigência da Constituição, referente à substituição processual. Indagava-se se o sindicato substituirá processualmente seu afiliado ou não, e esta questão agora, quanto a servidores, perdeu o sentido, uma vez que expressamente a L. 8.112 reconhece ao sindicato semelhante competência.

Na alínea *b* parece ter a L. 8.112 invadido um direito constitucional de suplentes de dirigentes sindicais. A Constituição Federal assegura, no inc. VIII do art. 8º, também ao suplente de direção de sindicato a estabilidade provisória, por até um ano após o encerramento do mandato da respectiva diretoria.

Nesta alínea *b* a L. 8.112, omitindo a figura do suplente, foi inconstitucional, pois lhe negou um direito ao deixar de prevê-lo. O direito do suplente de direção de sindicato à mesma inamovibilidade garantida ao dirigente sindical parece ser evidente, uma vez que se aplica ao sindicato dos servidores todo o teor do art. 8º constitucional, onde se insere aquele direito aqui omitido.

Cuida a alínea, por outro lado, de inamovibilidade de dirigente sindical até um ano após o final do mandato, e isto é, outra vez, muito pouco perante o direito de estabilidade provisória que a Constituição lhe garante. Inamovibilidade é proibição de remoção do servidor, de um local para outro, o que bem pouco representa ante o grande direito à estabilidade, que é a proibição de dispensa, de desligamento do servidor enquanto dirigente sindical, e após isso

também durante um ano.

Foi profundamente infeliz o legislador federal na redação desta alínea, que poderá ensejar ações sem conta, caso o aplicador da lei prefira o seu texto ao constitucional.

A alínea *c* converte uma obrigação do servidor, que é contribuir, queira ou não, para o sindicato ao qual foi compulsoriamente vinculado pela sua simples instituição, em direito. O que pode parecer direito do servidor no conceito da lei, para o servidor não é mais que obrigação, uma vez que, na forma da Constituição Federal, art. 8º, IV, caso instituído o sindicato, a assembleia geral fixará a contribuição devida, que será simplesmente descontada em folha, sem qualquer participação volitiva ou resistência possível do servidor.

Existem na verdade duas contribuições possíveis para seu sindicato — dentre outras que uma legislação corporativa e pouco conhecida admite instituir —, uma delas obrigatória e outra facultativa. A obrigatória é aquela, prevista no inc. IV do art. 8º da Constituição, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, e a outra, voluntária, é aquela prevista em lei para quem deseje "associar-se" ao sindicato. Esta última vem sendo abertamente contestada pelo Governo federal, e tende simplesmente a desaparecer, proibindo-se à lei que a fixe.

De qualquer modo a primeira contribuição mencionada, para o custeio do sistema, é sempre devida pelo servidor sindicalizado; nesse caso, pouco lhe interessa o "direito" que a alínea *e* do artigo lhe conferiu, pois antes de um direito significa-lhe uma obrigação, às vezes positivamente indesejada.

III

As alíneas *d* e *e* foram de início vetadas pelo Presidente da República, e o veto, tendo sido derrubado pelo Congresso Nacional, ensejou a promulgação da matéria pelo Presidente do Parlamento no *Diário Oficial* de 19-4-1991.

Havíamos escrito em edição anterior que, "da maneira como afinal acabou

redigida a lei, com a inserção destas duas incompreensíveis alíneas *d* e *e*, parece que o Executivo Federal não terá solução à vista se não arguir a inconstitucionalidade dos dispositivos, junto ao STF, para o fim de declará-los inaplicáveis.

Pois bem, o fato se deu e a declaração de inconstitucionalidade aconteceu de fato, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 492-1, proposta pelo Procurador-Geral da República e por maioria de votos provida pela mais alta Corte, por decisão, em tudo elogiável, proferida aos 12 de novembro de 1992. Livrou-se o ordenamento jurídico brasileiro, desse modo, de grave impropriedade, dentre tantas e tantas mais que o povoam e mereciam idêntico destino".

Eis a ementa daquele acórdão na ADIn n. 492: "Constitucional. Trabalho. Justiça do Trabalho. Competência. Ações dos servidores públicos estatutários. CF, arts. 37, 39, 40, 41, 42 e 114. Lei n. 8.112, de 1990, art. 240, alíneas *d* e *e*. I. Servidores públicos estatutários: Direito a negociação coletiva e a ação coletiva frente a Justiça do Trabalho: Inconstitucionalidade. Lei n. 8.112/90, art. 240, alíneas *d* e *e*. II. Servidores públicos estatutários: Incompetência da Justiça do Trabalho para o julgamento dos seus dissídios individuais. Inconstitucionalidade da alínea *e* do art. 240 da Lei n. 8.112/90. III. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente".

Mas a Lei n. 9.527/97, sem maior detença ou preocupação com o histórico daquelas alíneas *d* e *e*, revogou-as pura e simplesmente do texto da L. 8.112, uma vez que cuidavam de negociação coletiva de trabalho para servidores estatutários, o que não tem o menor cabimento nem nunca teve em nenhum momento da história jurídica do País. A Lei n. 9.527/97, portanto, ao revogar as alíneas *d* e *e*, apenas *desinfetou o ambiente* outrora assaz poluído.

Art. 241. Consideram-se da família do servidor, além do cônjuge e filhos, quaisquer pessoas que vivam às suas expensas e constem do seu

assentamento individual.

Parágrafo único. Equipara-se ao cônjuge a companheira ou companheiro, que comprove união estável como entidade familiar.

Neste artigo se define, para os efeitos da L. 8.112, o que se considera *família* do servidor, e tal conceito compreende seu cônjuge, seus filhos e quaisquer pessoas que vivam a suas expensas, desde que constem de seu assentamento individual. Equipara-se ao cônjuge a companheira ou o companheiro que comprove união estável como entidade familiar.

Pode parecer estranha a exigência, mas não o é quando se sabe que qualquer pessoa pode ter diversos companheiros ou companheiras, em uniões mais ou menos estáveis. Não é raro surgir que essas pessoas pleiteiem direitos previdenciários do servidor de quem se declarem companheiros ou companheiras; daí a necessidade de formalização, por constar do assentamento funcional, da relação de companheirismo, para os fins deste artigo.

A família do servidor é constituída, portanto, de seu marido ou sua mulher, ou sua companheira ou companheiro que comprove união estável, na forma do que assegura a Constituição Federal no art. 226, § 3º, além dos seus filhos e de quaisquer outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do servidor, desde que regularmente registrados na repartição onde este serve.

Art. 242. Para os fins desta Lei, considera-se sede o município onde a repartição estiver instalada e onde o servidor tiver exercício, em caráter permanente.

Artigo isento de qualquer dificuldade de compreensão, atende de resto à tradição jurídica brasileira de considerar como sede de qualquer órgão, entidade ou repartição pública o Município onde se localize.

Não cogita a lei, portanto, de “região”, “Estado”, “circunscrição

administrativa”, ou a localização similar. Sede é um Município, por maior que seja, e nada mais que isso.

Cuida por fim o artigo de que apenas o Município onde o servidor tenha exercício permanente pode ser considerado sua sede de trabalho. Municípios onde qualquer servidor possa ter exercício eventual, temporário, ocasional ou circunstancial, como em viagens ou missões oficiais, e, por mais que aí perdure sua permanência, não serão, de modo algum, considerados sede de trabalho, ou de exercício, para aquele servidor.

Título IX

Capítulo Único

DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS E FINAIS

Art. 243. Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei n. 1.711, de 28 de outubro de 1952 — Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação.

§ 1º Os empregos ocupados pelos servidores incluídos no regime instituído por esta Lei ficam transformados em cargos, na data de sua publicação.

§ 2º As funções de confiança exercidas por pessoas não integrantes de tabela permanente do órgão ou entidade onde têm exercício ficam transformadas em cargos em comissão, e mantidas enquanto não for implantado o plano de cargos dos órgãos ou entidades na forma da lei.

§ 3º As Funções de Assessoramento Superior — FAS, exercidas por servidor integrante de quadro ou tabela de pessoal, ficam extintas na data da vigência desta Lei.

§ 4º (Vetado.)

§ 5º O regime jurídico desta Lei é extensivo aos serventuários da Justiça, remunerados com recursos da União, no que couber.

§ 6º Os empregos dos servidores estrangeiros com estabilidade no

serviço público, enquanto não adquirirem a nacionalidade brasileira, passarão a integrar tabela em extinção, do respectivo órgão ou entidade, sem prejuízo dos direitos inerentes aos planos de carreira aos quais se encontrem vinculados os empregos.

§ 7º Os servidores públicos de que trata o caput deste artigo, não amparados pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, poderão, no interesse da Administração e conforme critérios estabelecidos em regulamento, ser exonerados mediante indenização de um mês de remuneração por ano de efetivo exercício no serviço público federal. (§ 7º incluído pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

§ 8º Para fins de incidência do imposto de renda na fonte e na declaração de rendimentos, serão considerados como indenizações isentas os pagamentos efetuados a título de indenização prevista no parágrafo anterior. (§ 8º incluído pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

§ 9º Os cargos vagos em decorrência da aplicação do disposto no § 7º poderão ser extintos pelo Poder Executivo quando considerados desnecessários. (§ 9º incluído pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

I

Chega-se enfim ao artigo mais monstruoso, inacreditável, inadmissível e estapafúrdio de que se tem notícia, nos últimos tempos, no panorama do direito público brasileiro. Perdeu atualmente seu impacto inicial, uma vez que decorrida mais de década e meia de sua vigência, porém não perdeu suas detrimentosas qualidades.

A Lei n. 9.527/97 parece ter tentado dar algum cunho de moralidade ao infame dispositivo, mas derrapou miseravelmente quanto à técnica, e de pouco valeu, como dificilmente alguma intervenção, em terreno tão comprometido, poderia produzir efeito salutar.

Apenas para que se tenha ideia do estupor que este art. 243 deve ter

provocado até mesmo no seio da Administração federal, basta verificar que o DRH da SAF sobre ele expediu simplesmente trinta e três Orientações Normativas.

Das 115 Orientações Normativas expedidas, trinta e três interessam ao art. 243, ou seja, para uma lei que contém 253 artigos, 28,7% delas se referem a um só artigo. Para que o órgão central de pessoal da União tenha expedido tantas orientações sobre apenas um artigo, repartindo os 71,3% das demais entre 252 outros artigos, ressalta necessário que o art. 243 contenha algo equivalente no mínimo à explosão de uma bomba atômica, ou à fissura da Terra em duas. Foi algo equivalente o que de fato aconteceu.

A L. 8.112 é a lei do regime jurídico único do servidor federal. Regime jurídico único é uma exigência da Constituição Federal, constante de seu art. 39. Essa exigência evidentemente não se sobrepõe aos princípios constitucionais, previstos no art. 5º, do respeito ao direito adquirido e ao negócio jurídico perfeito.

A União Federal desrespeitou o prazo constitucional previsto no art. 24 do ADCT, para, em no máximo dezoito meses, estabelecer o regime jurídico único de seus servidores. Fê-lo com atraso de oito meses.

Entretanto, na avidez de resolver o problema, que deveria ter solucionado ao longo de um ano e meio após o advento da Constituição, fê-lo do modo mais simplista que alguém pode conceber: simplesmente *transformou contratos de trabalho*, que são atos bilaterais, sinalagmáticos, acordos de vontade, em atos unilaterais de admissão estatutária de servidor público. Estes últimos são atos administrativos isolados, praticados por uma só parte, com a suspensão da vontade da outra.

Não haveria problema algum nessa transformação se todos os empregos eventualmente criados por lei federal, e atingidos pelo art. 243 da L. 8.112, estivessem vagos, mas isso não ocorreu. Milhares de servidores celetistas da União foram estabilizados, em 5 de outubro de 1988, pela Constituição Federal,

ADCT, art. 19. Estabilizaram-se em seus empregos, regidos pela CLT, por força daquele artigo das disposições transitórias, todos os servidores que neles permaneceram por ao menos cinco anos contínuos, nessa situação, naqueles empregos.

Se a Constituição estabiliza alguém em algum lugar, gera-lhe direito adquirido à permanência nesta condição: isso é de meridiana evidência. Ou não haveria sentido na estabilização.

Se a União celebra com alguma pessoa um contrato de trabalho perfeito, para o qual tenham sido observadas todas as exigências constitucionais, legais e formais, temos aí um ato jurídico perfeito, no sentido do inc. XXXVI do art. 5º da Constituição. Sabe-se que contrato não é ato, porém reunião de dois atos em sentido contrário.

Mas é nesse sentido de negócio jurídico que a Constituição, no inc. XXXVI do art. 5º, referiu-se a ato jurídico perfeito, querendo abarcar o conceito de negócio jurídico, de sinalagma jurídico, de acordo de vontades, bem como, evidentemente também, do simples ato jurídico unilateral, praticado pela Administração ou por particular. A noção de contrato jurídico está portanto abarcada na expressão *ato jurídico perfeito* que a Constituição, repetindo regra tradicional há várias décadas no direito constitucional brasileiro, empregou na sua versão atual, no artigo citado.

Que fez a L. 8.112, então, para resolver o problema da União? Se precisava ter um regime jurídico único, tratou de obtê-lo com a velocidade do raio, com a rapidez do trovão. Simplesmente ignorou as limitações impostas pelo mesmo inc. XXXVI do art. 5º constitucional para a hipótese, e transmutou, num passe de mágica, *contratos de trabalho*, ocupados por servidores nele estabilizados junto à União, em *atos administrativos unilaterais* de admissão de servidores estatutários.

Suprimiu, nesse passo, o elemento volitivo, anteriormente havido, do servidor estabilizado. Transformou a relação jurídica antes estabelecida e

cristalizada sob a forma da estabilização contratual numa outra, de natureza unívoca, ditada e completada pelo Estado, de natureza estatutária.

O art. 243 violou o *direito adquirido* dos servidores celetistas, estabilizados pela Constituição Federal, de no corpo funcional do Estado permanecerem como celetistas estáveis ocupando empregos. Violou também o *ato jurídico perfeito* que foram seus antigos contratos de trabalho celebrados, onde os servidores se estabilizaram.

Mas não para aí a inconstitucionalidade do artigo, pois ele também afrontou, ao transformar emprego em cargo efetivo, o disposto no art. 19, § 1º, do ADCT da Constituição Federal, que exigia, como exige, *concurso*, seja ele público, seja ele interno, para o fim de efetivação de servidores estabilizados em empregos pela CLT, quando de eventual passagem para o regime jurídico estatutário. A União os passou sem concurso, por simples determinação de lei, em aberta afronta à exigência constitucional.

É bem verdade que o ganho de efetividade para quem já é estável representa o mesmo, talvez, que o saquinho de amendoins exigido contratualmente pelo conhecido cantor norte-americano que se apresentou no Brasil, na década de 80, ao lado do milhão de dólares que pediu como honorários (*cachê*). Efetividade é um saco de amendoins para o servidor que tem o milhão de dólares de estabilidade.

Mas esse só fato não justifica a atitude no legislador, que desse modo, pela terceira vez no mesmo artigo, fez *tabula rasa* do texto da Constituição Federal que ele mesmo, pouco tempo antes, na condição de constituinte, aprovou e promulgou.

Inobstante todas essas considerações, é de esperar que nenhum servidor estabilizado pela CLT, repentinamente, transformado em servidor estatutário, ingresse com qualquer sorte de ação contra a transformação, nem mesmo por seus sindicatos ou órgãos de classe. Não deve haver remanescido interesse algum, para esses celetistas transformados em estatutários, em não integrarem o

grande rebanho dos estatutários, pois para esses a L. 8.112 manteve, ampliou ou inaugurou seu grande leque de benesses.

Quanto aos antigos celetistas, não tinham eles muitos dos incontáveis direitos que a L. 8.112 previu, nem viriam a tê-los se não ingressassem naquele grande contingente. Assim, nenhuma resistência por parte dos servidores atingidos pelo art. 243 da L. 8.112 parece à vista.

Mas a Constituição, outra vez, foi destratada como o mais inútil dos papéis antigos.

II

O art. 243, provavelmente o ponto mais baixo de qualidade técnica a que desceu o legislador nesta L. 8.112, simplesmente transformou, contrariando a Constituição, empregos, onde havia servidores estabilizados, em cargos estatutários. Foram abrangidos os servidores da Administração direta dos três Poderes da União e dos ex-Territórios, das autarquias e das fundações públicas.

Também os servidores estatutários da União, regidos pela Lei n. 1.711/52, foram abrangidos, naturalmente. Excetuam-se da abrangência da L. 8.112 os contratados da CLT por prazo determinado, cujos contratos, após encerrados, não podem ser prorrogados nem renovados. Natural que, tendo sido o estatutário o regime único implantado pela L. 8.112, inadmitam-se contratações pela CLT de servidores, pois tal contrariaria a unicidade necessária do regime único dos servidores.

O § 5º deste artigo estende aos serventuários da Justiça, remunerados com recursos da União, o regime da L. 8.112. Trata-se das serventias oficializadas pela União, os cartórios oficiais. Esses servidores, portanto, a partir desta lei a elas se submetem integralmente.

Para dar sentido à revolução que empreendeu, o § 2º deste artigo transformou em cargo em comissão qualquer anterior função de confiança que viesse sendo exercida por pessoa não integrante de tabela permanente do órgão

ou entidade a que pertencesse. A exceção a essa transformação é a manutenção da forma antiga enquanto não for implantado o plano de cargos dos órgãos ou entidades respectivas, na forma da lei.

Permanece, portanto, na categoria de função de confiança, qualquer posto de trabalho, ou atribuição excepcional confiada a alguma pessoa, que nem sequer se pode afirmar com segurança servidor público, enquanto não implantado aquele plano de cargos no respectivo órgão. O regime jurídico dessas funções de confiança, à falta de discriminação na lei, pode ser até mesmo aquele antigo terceiro regime jurídico, de natureza administrativa, que as pessoas de direito público podiam implantar no âmbito de seu serviço, autorizadas pelo art. 106 da Constituição de 1969.

Por outro lado, as funções de assessoramento superior, conhecidas pela sigla FAS, quando exercidas por servidor integrante de quadro ou tabela de pessoal, foram extintas quando da vigência da L. 8.112. Os servidores que as desempenhavam simplesmente deixaram de fazê-lo, por não existir mais aquela espécie de função.

O § 4º deste art. 243 foi vetado pelo Presidente da República, e o veto não foi derrubado pelo Congresso Nacional. Ocorre que a Lei n. 8.162, de 8-1-1991, no art. 7º, reviveu a matéria vetada, fazendo expressa menção aos servidores regidos pela L. 8.112.

Como se trata de matéria imediatamente vinculada à L. 8.112, merece comentário o art. 7º da Lei n. 8.162. Esta lei considera extintos, a partir da data de início de vigência da L. 8.112, os contratos de trabalho dos servidores que passaram, *manu militari,* ao regime instituído pela L. 8.112, garantindo-se-lhes a contagem de tempo para todos os fins, exceto percepção de anuênio, incorporação da gratificação de que trata o art. 62 e licença-prêmio por assiduidade.

No caso desta última vantagem, o anterior tempo de serviço será contado, por força do parágrafo único do art. 7º da Lei n. 8.162, para efeito de aplicação

do art. 5º da mesma lei, que manda contar em dobro o tempo de licença-prêmio, a que se refere o art. 87 da L. 8.112, que o servidor não haja gozado. Comentários já foram tecidos acerca desta outra inconstitucional e abusiva prodigalidade da lei federal contra o erário.

O § 6º deste artigo procedeu de forma correta, passando os empregos dos servidores estrangeiros com estabilidade no serviço público para uma tabela em extinção, isto enquanto não adquirirem a nacionalidade brasileira. Está correta a ordem, uma vez que esse é o tratamento merecido aos celetistas que a Constituição estabilizou, e não a sua transformação em servidores estatutários; também se justifica a previsão deste § 6º, sabendo-se que desde a edição da nova Constituição estrangeiros não podem ser servidores públicos.

Como, entretanto, a própria Constituição estabilizou indistintamente estrangeiros e brasileiros, a estabilidade não poderia ser negada pela L. 8.112 nem mesmo aos estrangeiros; estes, assim, passaram a integrar tabela em extinção, repita-se, como deveria ter acontecido com todos os servidores abrangidos pelo *caput*.

Caso os empregos desses estrangeiros estabilizados se achem dispostos em carreiras nos respectivos órgãos ou entidades, nenhum prejuízo advém da L. 8.112 a tais carreiras, que se devem manter integralmente executáveis.

III

Foram as seguintes as Orientações Normativas expedidas pela SAF a propósito do art. 243: n. 1, 3, 9, 11, 12, 14, 15, 18, 21, 24, 28, 37, 38, 43, 44, 45, 51, 56, 59, 60, 61, 63, 64, 65, 66, 68, 71, 72, 73, 77, 82, 86 e 106. O volume é espantoso. O artigo deve ter parecido inacreditável até mesmo para a Secretaria da Administração Federal, órgão diretamente responsável pela normatização das leis, e sua regulamentação dentro do âmbito do serviço público federal, sobretudo aquele do Executivo.

Algumas dessas Orientações contêm matéria controvertida, como por

exemplo a de n. 38, que manda contar em dobro períodos de licenças-prêmio relativas a servidores celetistas, não gozadas; ou a de n. 44, que estabelece não ser devido depósito para o FGTS, a partir de janeiro de 1991, aos servidores ocupantes de cargos efetivos, ou cargos em comissão originários da transformação efetuada pelo art. 243.

Parece-nos que o FGTS, antes da EC n. 20/98, não era devido a qualquer servidor público brasileiro desde a edição da Constituição, que retirou a autorização para recolhimento, em nome de qualquer servidor, por força de exclusão do inc. III do art. 7º do rol de incisos constantes do § 2º do art. 39. Com efeito, apenas alguns direitos sociais criados pela Constituição para o trabalhador, ou por ela mantidos, eram aplicáveis aos servidores públicos, por força do § 2º do art. 39; e entre esses não estava o fundo de garantia por tempo de serviço.

A partir da Constituição, portanto, desautorizou-se a Administração Pública a recolher FGTS em nome de qualquer servidor seu, naturalmente celetista e optante. Isso durou até o advento da EC n. 19/98.

Sabe-se também, por outro lado, que o caráter opcional do FGTS desapareceu com o advento da EC n. 20/98, transformando-se de direito opcional em direito pleno a qualquer trabalhador brasileiro.

Atualmente o recolhimento do FGTS em seu nome é um direito social de todo e qualquer servidor público brasileiro, desde que regido pela CLT e não por algum estatuto de servidores (funcionários), como é a L. 8.112. Nenhum servidor regido pela L. 8.112 tem direito a FGTS.

A esse propósito observe-se sempre o teor do art. 6º da Lei n. 8.162, de 8-1-1991; tal previsão nos parece, por outro lado, incompleta, pois a extinção do direito operou-se quando da edição da Constituição, e não apenas em janeiro de 1991.

Outra Orientação, n. 64, contém trecho escancaradamente inconstitucional, pretendendo submeter a posterior comprovação pela União os atestados emitidos

por Estados, Distrito Federal e Municípios, referentes a tempo de serviço prestado pelos servidores atualmente a serviço da União. Tal comprovação posterior nega vigência ao art. 19, II, da Constituição Federal, que proíbe à União recusar fé aos documentos públicos. Nenhuma comprovação posterior pode a União exigir de qualquer documento público, seja ele municipal, estadual ou distrital.

Quanto ao mais, as Orientações apenas esclarecem pontos às vezes obscuros ao intérprete, não ensejando maior aprofundamento exegético.

Mas o artigo todo, em si, só fez regredir a consciência jurídica nacional à idade da pedra.

IV

A Lei n. 9.527/97, sete anos após editada a L. 8.112, acresceu os §§ 7º a 9º a este hediondo art. 243, e por isso merecerão breve comentário, até porque a matéria de que cuidam é de brevíssima permanência.

O § 7º estabeleceu que os servidores abrangidos pelo artigo, que não foram estabilizados excepcionalmente pela Constituição por terem ingressado irregularmente havia mais de cinco anos no serviço antes de promulgada a Carta de 1988, poderão ser *exonerados*, nesse caso merecendo indenização de um mês de remuneração por ano de serviço prestado no serviço público federal.

Em primeiro lugar, *exoneração* somente pode ser uma modalidade *voluntária* de saída do servidor, de modo que, se a Administração desligar algum servidor contra a vontade deste, não o terá feito por exoneração, mas por algum instituto que o direito administrativo ainda não consagrou, e que também não é a demissão, pois que esta é uma *penalidade*, do que aqui não se cogita.

É que, passados como eram sete anos da L. 8.112 sem o desligamento dos servidores que não se haviam estabilizado — e que portanto não mereceram a graça deste art. 243 —, sem coragem política de cumprir a Constituição e desligar sumariamente aqueles servidores, então resolveu o legislador, na Lei n.

9.527/97, ser benevolente para com quem, pela Constituição, nada merecia senão o sumário desligamento do serviço público.

Consignou a esses uma *indenização* que é frequente nos denominados *planos de desligamento voluntário* que se tornaram moda no serviço público desde há alguns anos, mas que não deveria acontecer neste caso porque se evidencia uma liberalidade inconstitucional com o dinheiro público. Com efeito, se a Constituição simplesmente não admite alguém no serviço público, não se imagina como estes, para que se desliguem, possam passar a merecer alguma indenização paga com dinheiro público.

O § 8º, na esteira do anterior, e com rara infelicidade, falando de direito tributário em pleno estatuto dos servidores, reinventou a roda, informando que a indenização referida no § 7º é isenta de imposto de renda — como se alguma indenização fosse sujeita a esse imposto.

E o § 9º, fechando a grande infâmia, informa o que está escrito na Constituição desde ao menos 1969, ou seja, que os cargos que vagarem por desocupação por quem for atingido pela dita "exoneração" do § 7º poderão ser extintos pelo Poder Público quando considerados desnecessários.

Colocou juntos o instituto da *extinção de cargos*, que a L. 8.112 já autorizou, com o da *declaração de desnecessidade de cargos*, que pode ser promovida por ato interno de cada Poder conforme autoriza a Constituição, no art. 41, § 3º. Aqui, portanto, basta que cada Poder declare desnecessário o cargo que vagou, por desocupação na forma do § 7º, para que o possa considerar, *ipso facto*, extinto. A declaração de desnecessidade, a esta altura, parece constituir requisito para a extinção.

Com todas essas previsões, almeja-se apenas uma outra, doravante: que seja revogado em definitivo como o foram diversos outros artigos da L. 8.112, ou que por qualquer outra forma desapareça do direito brasileiro este infame dispositivo, vergonha e opróbrio do direito brasileiro enquanto infelizmente ainda existir.

A jurisprudência existente sobre este artigo não tem fim, como do STF sobre a cessação da competência da Justiça do Trabalho, este AI-AgR n. 367.056/RS, j. 3-4-2007, 2ª Turma: "Servidor público. Conversão do regime celetista em regime estatutário. Superveniência da Lei n. 8.112/90, que instituiu o regime jurídico único. Consequente cessação da competência da Justiça do Trabalho. Reconhecimento da competência da Justiça comum para julgar controvérsias surgidas após a edição da Lei n. 8.112/90. Precedentes. Recurso de agravo improvido".

Ou, sobre alteração das regras previdenciárias, o RE n. 341.178/RS, j. 14-2-2006, 1ª Turma: "A submissão da relação jurídica à Consolidação das Leis do Trabalho, presente à aposentadoria da servidora pública federal antes da vigência da Lei n. 8.112/90, implica a disciplina da aposentadoria nos moldes da legislação previdenciária comum, não cabendo imprimir ao texto originário da Carta, quanto à situação do pessoal da ativa, a retroação. Precedentes: Recurso Extraordinário n. 241.372-3/SC; Agravos Regimentais nos Recursos Extraordinários ns. 221.069-3/SC, 327.320-5/RS e 328.367-7/RS e Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 317.428-6/PR".

Ou, por fim, esta decisão no RE-AgR n. 371.749/RS, j. 30-11-2004, 1ª Turma: "Para concessão do direito à contagem especial de tempo de serviço referente ao período posterior à Lei n. 8.112/90, é necessária a complementação legislativa de que trata o artigo 40, § 4º, da Constituição, na redação anterior à Emenda Constitucional n. 20/98".

Art. 244. Os adicionais por tempo de serviço, já concedidos aos servidores abrangidos por esta Lei, ficam transformados em anuênio.

Tendo a L. 8.112 extinto todos os anteriores adicionais por tempo de serviço, instituídos e pagos por força da legislação anterior, natural que para o futuro as novas concessões desses adicionais sejam procedidas a título, tão somente, dos

adicionais, denominados anuênios, de que trata o art. 67, com uma singeleza absoluta.

Se para o futuro tal é forçoso, não tem muito sentido lógico pretender transformar o que foi concedido a título diverso no título anuênio, ou em qualquer outro; a situação anterior, consolidada no passado, é infensa a modificações atuais.

Apenas tem sentido o dispositivo para o fim específico de poder a Administração "rotular" ou "intitular", nos seus assentamentos e demonstrativos de pagamento, os adicionais que concedeu aos servidores, apenas como anuênios, sem multiplicação de denominações referentes todas, ao fim e ao cabo, ao mesmo instituto: adicional por tempo de serviço.

Nunca é demais lembrar que a MP n. 2.225-45 revogou o inc. III do art. 61, assim como o art. 67, todos da L. 8.112, dispositivos que concediam aos servidores o adicional por tempo de serviço. Assim, qualquer menção a anuênios, nos demonstrativos de pagamento dos servidores, restará como melancólica lembrança de um passado, quanto a isso, melhor para eles.

O de esperar, neste caso, é que os valores que cada servidor receba por incorporação ao seu vencimento sejam identificados nos *holleriths* como alguma *vantagem pessoal nominalmente identificada*, segundo a fórmula consagrada, e não como nada além disso.

> *Art. 245. A licença especial disciplinada pelo art. 116 da Lei n. 1.711, de 1952, ou por outro diploma legal, fica transformada em licença-prêmio por assiduidade, na forma prevista nos arts. 87 a 90.*

O mesmo afirmado quanto aos adicionais por tempo de serviço, a propósito do art. 244, vale aqui também. A Lei n. 1.711/52 instituía uma vantagem aos antigos funcionários, que denominava *licença especial*. Toda nova referência a ela, hoje, há de ser procedida com relação à *licença-prêmio por assiduidade*,

instituto equivalente que a substituiu.

Deixando de existir a primeira, somente à última, portanto, referir-se-á a Administração, em qualquer ato e para todo efeito.

Art. 246. (Vetado.)

Foi este artigo vetado pelo Sr. Presidente da República, e o veto não se derrubou no Congresso.

Dizia respeito ao saque, pelos servidores abrangidos pela L. 8.112, do FGTS em seu nome depositado. As razões do veto indicavam que "a liberação imediata dos recursos do FGTS provocaria abrupta redução na disponibilidade de recursos daquele Fundo, prejudicando as aplicações nos programas habitacionais".

A Lei n. 8.162/91, em seu art. 6º, não restaurando a matéria vetada, apenas remeteu à Lei n. 8.036, de 11-5-1990, que disciplina o saque de saldos do FGTS. Esta última lei pouco inovou, aliás, quanto ao tema, conforme disciplinado na legislação anterior.

Sobre esta matéria o DRH da SAF expediu as Orientações Normativas n. 103 e 114, onde interpreta, para a questão, tanto a Lei n. 8.162/91 quanto a Lei n. 8.036/90.

Art. 247. Para efeito do disposto no Título VI desta Lei, haverá ajuste de contas com a Previdência Social, correspondente ao período de contribuição por parte dos servidores celetistas abrangidos pelo art. 243. (Redação dada pela Lei n. 8.162, de 8-1-1991.)

Neste passo a L. 8.112, art. 247, com redação dada pela Lei n. 8.162, de 8-1-1991, repete a *utopia absolutamente irrealizável*, poeticamente ventilada pela Constituição Federal, no art. 202, § 2º, *in fine*.

Não existe a menor possibilidade material, nem nunca existirá no futuro, de, por critério absolutamente justo sob o prisma financeiro, cumprir-se a ordem de compensação entre os sistemas de previdência social no Brasil, aplicáveis ao trabalhador da iniciativa privada e aos servidores públicos, prevista na CF/88, art. 202, § 2º.

É bem verdade que existe a lei federal que dá os critérios de compensação entre INSS e regimes próprios, locais, de previdência social — a Lei n. 9.796, de 5-5-1999, que contrariamente a tudo quanto previámos já vem sendo exercitada há tempo entre INSS e regimes previdenciários estaduais e municipais —, porém isso não significa, em absoluto, que seja justa a compensação que consigna, nem justificável sob o prisma da matemática financeira.

A prática demonstrou que, como era de esperar, o INSS foi tremendamente favorecido nessas compensações, sem dizer que vem criando obstáculos dificilmente transponíveis àqueles institutos locais para compensá-los nos termos da lei.

O atual INSS recebeu infinitas contribuições de segurados, servidores públicos federais, estaduais e municipais, e trabalhadores da iniciativa privada, ao longo de décadas. O mesmo se diga quanto aos regimes previdenciários próprios de servidores públicos locais (federais, estaduais e de alguns Municípios).

Os segurados desses regimes transitam continuamente de uma situação para outra, transferindo suas contribuições de um para outro instituto. Os ônus dos benefícios recaem sempre sobre o último instituto a que se filia o trabalhador.

Como, um dia, poderiam compensar-se financeiramente, de forma justa, esses múltiplos sistemas ou regimes previdenciários é assunto que desborda todas as possibilidades racionais das ciências exatas num país como o Brasil, onde a inflação é a regra mais certa, e nem sequer se sabe por quais índices ou fatores oficiais se pode expressar, nem muito menos corrigir débitos antigos.

Disséramos na edição anterior que este artigo da L. 8.112, tal qual a previsão

final constante do § 2º do art. 202 constitucional, era "*letra morta no direito brasileiro*", e precisamos confessar, após a edição da Lei n. 9.796/99, que a letra talvez não estivesse afinal tão morta, uma vez que não críamos nem sequer na edição daquela lei.

O que entretanto restou claro é que o INSS influiu diretamente, como vem fazendo desde a edição da própria Carta de 1988, na fixação dos critérios de compensação dados por aquela lei, de modo a favorecê-lo nítida e gritantemente quanto a isso.

Seja como for, a iniciativa de promover o ajuste de contas a que se refere o artigo, favoreça o INSS ou não, compete à Administração e não ao servidor, e não o beneficiará de modo algum.

Art. 248. As pensões estatutárias, concedidas até a vigência desta Lei, passam a ser mantidas pelo órgão ou entidade de origem do servidor.

Artigo com caráter de mero lembrete, já que não poderia, por princípio, ser diferente a ordem ali expressa: o órgão ou a entidade que aposentou servidor continua, nominalmente, responsável pela mantença do benefício, à exceção de qualquer outro órgão ou entidade.

Não há maior razão de ser para o dispositivo; apenas uma exceção a esta regra é que mereceria previsão.

Art. 249. Até a edição da lei prevista no § 1º do art. 231, os servidores abrangidos por esta Lei contribuirão na forma e nos percentuais atualmente estabelecidos para o servidor civil da União, conforme regulamento próprio.

Após uma história variada e repleta de alternâncias, e tendo sido o art. 231 revogado pela Lei n. 9.527/97, a Lei federal de âmbito nacional n. 10.887, de 18-

6-2004 — autorizada como foi pelo art. 40, § 3º, da Constituição, com a redação da EC n. 41/2003 —, fixou a contribuição dos servidores ativos da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, ocupantes de cargos de provimento efetivo, para o seu regime previdenciário próprio, em 11% sobre o total da sua remuneração, que é o conjunto do vencimento e das vantagens permanentes — ou seja, as incorporadas em definitivo ao vencimento.

Esse é o percentual que também se aplica aos aposentados e pensionistas — e não apenas os da União mas os de todo nível de governo — por força do disposto no art. 4º da EC n. 41/2003, porém neste caso apenas sobre a parte das aposentadorias e das pensões que exceder o valor máximo pago como benefício pelo RGPS, com fundamento no decidido nas ADIns n. 3.105-8 e 3.128-7 (as quais declararam inconstitucional a limitação que fora dada pelos incs. I e II do art. 4º da EC n. 41/2003).

> *Art. 250. O servidor que já tiver satisfeito ou vier a satisfazer, dentro de 1 (um) ano, as condições necessárias para a aposentadoria nos termos do inciso II do art. 184 do antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, Lei n. 1.711, de 28 de outubro de 1952, aposentar-se-á com a vantagem prevista naquele dispositivo.*

Tal artigo foi promulgado pelo Presidente do Congresso, pelo *Diário Oficial da União* de 19-4-1991. Fora vetado pelo Presidente da República, tendo sido derrubado o veto.

Inspirado em ideia arcaica e que foi durante o período de vigência da Constituição Federal de 1969 tornado inconstitucional (em face do § 2º do art. 102, o qual proibia que o provento do inativo fosse, por qualquer razão, superior ao vencimento correspondente da ativa), ei-lo agora revivido, por manobra congressual de índole demagógica, eleitoreira, pródiga para com o erário, desprovida do menor interesse público que se possa vislumbrar, e violentadora

dos princípios da impessoalidade, razoabilidade e, sobretudo, moralidade.

O servidor federal (como qualquer servidor público) se aposenta com proventos integrais, ao contrário dos trabalhadores da iniciativa privada, que têm seus proventos cortados e reduzidos ao nível da quase mendicância, por força da legislação previdenciária nacional. E a L. 8.112, com a redação deste art. 250 restaurada, pelo Congresso, manda somar ainda, à integralidade dos proventos do servidor federal que se aposenta, 20% do valor equivalente "à última classe da respectiva carreira".

Custa crer que o legislador tivesse sido insensível a tal ponto à gritante e indesculpável injustiça que por um ano discriminou o trabalhador, o qual muitas vezes labora em demasia sob risco de perder o emprego, do servidor público, que às vezes, amparado pela estabilidade, quase nada faz, para privilegiá-lo ainda mais no tocante ao prêmio referido neste artigo quando da aposentadoria.

Ocorre que, lamentavelmente, esta vantagem não é, hoje, inconstitucional, como o era sob a Carta de 1969. E, apenas, profundamente imoral; se a palavra se aplicasse à lei, teríamos um dispositivo *desavergonhado*. Manda aposentar o servidor federal com vantagens que os ativos não têm.

Quanto ao direito adquirido sob o estatuto anterior, nada a questionar sob esse prisma, senão a própria iniquidade do antigo estatuto em si; o que se lamenta é a concessão, pelo artigo, do prazo ânuo para servidores agora regidos pela L. 8.112 adquirirem o mesmo direito.

A matéria inteira, entretanto, e de longa data, está superada, porque esta disposição eminentemente transitória não mais produz efeito desde dezembro de 1991.

Art. 251. (Revogado pela Lei n. 9.527, de 10-12-1997.)

Art. 252. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, com efeitos financeiros a partir do primeiro dia do mês subsequente.

Passou a vigorar, ou seja, a ter validade, a L. 8.112, em 11-12-1990, data de sua publicação. Os seus efeitos financeiros, entretanto, que são extraordinariamente múltiplos e amplos, apenas em 1º-1-1991 iniciaram.

Tudo quanto a L. 8.112 dispôs de consequência financeira, portanto, apenas no primeiro dia de 1991 passou a ser exigível: tal previsão simplificou imensamente inúmeros cálculos e procedimentos administrativos, dispensando a alteração das regras antigas ainda no final do exercício de 1990, com, por seguro, grande vantagem burocrática para a Administração.

Apenas no exercício de 1991, assim sendo, inaugurou-se o novo universo de efeitos financeiros do vasto conjunto de regras pertinentes, trazidas pela publicação da L. 8.112.

Quanto aos efeitos financeiros das previsões vetadas e depois restauradas pelo Congresso, a Orientação Normativa n. 91 da SAF indica-lhes a correta data de início.

Art. 253. Ficam revogadas a Lei n. 1.711, de 28 de outubro de 1952, e respectiva legislação complementar, bem como as demais disposições em contrário.

Brasília, em 11 de dezembro de 1990; 169º da Independência e 102º da República.

Revoga-se expressamente toda a Lei n. 1. 711, de 28-10-1952, bem como todas as leis ou atos que se lhe possam categorizar complementares, assim como se revoga, tacitamente, toda a legislação que colida com dispositivo da L. 8.112.

Nem sempre é fácil certificar-se de que uma lei, ou um decreto, ou uma resolução, estão revogadas. A incompatibilidade é às vezes controvertida, e não raro apenas o Supremo Tribunal Federal a declara por expresso, uma vez que até mesmo as instâncias inferiores do Judiciário vacilam, e se contradizem.

Dispositivos anteriores existem que, sem qualquer dúvida, podem ser tidos, por uma linha de raciocínio, como compatíveis, enquanto por outra se os há de ter como revogados.

Serão complementares os que expressamente se refiram à lei revogada, ou os que de modo inconfundível se lhes aplique, de modo que impeça titubeio. No mais, a cada caso de dúvida apenas a mais lúcida confrontação entre os textos, informada pelos princípios gerais de direito e o melhor bom-senso, indicará se aconteceu, ou não, revogação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKEL FILHO, Diomar. *Município e prática municipal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.

ALFAIA, João. *Conceitos fundamentais do regime jurídico do funcionalismo público*. Coimbra, Almedina, 1985.

ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. *Regime jurídico único do servidor público*. Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1990.

BALERA, Wagner. *A seguridade social na Constituição de 1988*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Regime constitucional dos servidores da Administração direta e indireta*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990.

BARBOSA NEVES, Sérgio Luiz. *Regime jurídico único e os servidores públicos*. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 1991.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo, Saraiva, 1989.

BOLETIM DE DIREITO ADMINISTRATIVO — BDA. São Paulo, NDJ, dez. 1990.

BRANDÃO CAVALCANTI, Themístocles. *O funcionário público e seu regime*

jurídico. 2. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1946.

————. *Direito e processo disciplinar*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos.

CAMMAROSANO, Márcio. *Provimento dos cargos públicos no direito brasileiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984.

CASTRO, José Nilo de. *Direito municipal positivo*. Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1991.

CENEVIVA, Walter. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1989.

COELHO MOTTA, Carlos Pinto. *O novo servidor público — regime jurídico único*. Belo Horizonte, Ed. Lê, 1990.

CONTRERAS DE CARVALHO, A. A. *Estatuto dos funcionários públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos.

COSTA, José Armando. *Teoria e prática do processo administrativo disciplinar*. São Paulo, Saraiva, 1987.

CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991. v. 4 e 5.

DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo, Atlas, 1990.

FERNANDES DE OLIVEIRA, Régis. *O funcionário estadual e seu estatuto*. São Paulo, Max Limonad, 1975.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo, Saraiva, 1989.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Introdução ao direito processual administrativo*. São Paulo, 1980.

FREIRE, Laudelino. *Grande e novíssimo dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro, José Olympio, 1957.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. São Paulo, Saraiva, 1989.

GOMES DE MATTOS, Mauro Roberto. *Lei n. 8.112/90 — interpretada e comentada*. 3. ed. Rio de Janeiro, América Jurídica, 2006.

————. *O limite da improbidade administrativa*, 2. ed. Rio de Janeiro, América Jurídica, 2005.

————. Acumulação irregular de cargos — opção tempestiva por um dos vínculos públicos retira a tipicidade da ação de improbidade administrativa. *Revista Ibero-Americana de Direito Público*, Rio de Janeiro pp. 793/6, América Jurídica, 2006, v. 20.

GONÇALVES, Marcos Flávio R. *Município no Brasil*. Rio de Janeiro, IBAM, 1989.

GUIMARÃES MENEGALE, J. *O estatuto dos funcionários*. Rio de Janeiro, Forense, 1962.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A seguridade social na Constituição de 1988*. São Paulo, LTr, 1989.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo, ed. da autora, 1990.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 15. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais.

MONTEIRO DA SILVA, Corsíndio. *O regime de acumulação de cargos na Constituição de 1988 e as ideias de Ruy*. Brasília, ed. do autor, 1989.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Regime jurídico único dos servidores públicos na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 1990.

MUKAI, Toshio. *Administração Pública na Constituição de 1988*. São Paulo,

Saraiva, 1989.

NASCIMENTO, Carlos Valder. *Estabilidade e disponibilidade do servidor celetista*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990.

NÁUFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro*. 7. ed. São Paulo, Prama, 1984.

OCTAVIANO, Ernomar; GONZALEZ, Átila. *Sindicância e processo administrativo.* 5. ed. São Paulo, Leud, 1990.

OLIVEIRA, Juarez de (org.). *Estatuto dos funcionários públicos civis da União.* São Paulo, Saraiva, 1984.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O servidor público na Constituição de 1988*. São Paulo, Saraiva, 1989.

————. *O servidor público nas reformas constitucionais*. 2. ed. Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2006.

SAMPAIO FERRAZ JR., Tércio. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo, Atlas, 1990.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Medidas provisórias*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.

WERNECK MARTINS, Augusto Henrique. *Regime jurídico único dos servidores*. Rio de Janeiro, IBAM, 1990.

NOTAS

[1] 3. ed., Rio de Janeiro, América Jurídica, 2006.

[2] E apenas à época da sua edição a L. 8.112 esteve de acordo com a Constituição, uma vez que após a Emenda Constitucional n. 19, de 4-6-1998, a L. 8.112, como se verá extensamente, deixou de se adaptar às importantíssimas alterações constitucionais que sobrevieram, como até o presente momento, em 2005, não se atualizou ante a Constituição, num triste e deprimente espetáculo de incúria, desmazelo, desgoverno e desprezo governamental e legislativo pelos servidores, pela Constituição e pelas instituições brasileiras.

[3] O projeto inicial do Executivo tinha o n. 5.504, de 1990, que foi substituído pelo Projeto de Lei da Câmara n. 93, de 1990, afinal promulgado pelo Presidente da República como Lei n. 8.112, de 11-12-1990, publicada no *DOU* de 12-12-1990.

[4] Rio de Janeiro, América Jurídica.

[5] O estatuto dos funcionários, Rio de Janeiro, Forense, 1962, v. 2.

[6] Publicada no Diário Oficial da União de 12 de dezembro de 1990.

[7] O art. 24 do ADCT da CF/88 deu prazo à União até abril de 1990 para editar a lei do regime jurídico único do seu pessoal, a que se refere o art. 39 da

CF.

[8] Antecipa-se a explicação de tão drástica assertiva: o art. 243 da L. 8.112 viola o *direito adquirido* de os celetistas estabilizados em seus empregos pelo art. 19 do ADCT da CF/88 neles permanecerem, empregados contratualmente, e o *ato jurídico perfeito* que foram os respectivos contratos (se foram de fato perfeitos).

[9] O servidor público na Constituição de 1988, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 3-4 e 83-6.

[10] Somente o tempo confirmará a validade deste tresloucado e fantástico art. 243. Se a confirmar, a antiga ideia, aparentemente tão sólida, de *direito adquirido* e de *ato jurídico perfeito*, constante hoje do art. 5º, XXXVI, da CF, precisará por certo ser revista.

[11] Sobre fundações públicas *v*. nossa obra *O servidor público*, cit., p. 114-8; Diogenes Gasparini, *Direito administrativo*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 186-7; Adilson Abreu Dallari, *Regime constitucional dos servidores públicos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, p. 43-4; Toshio Mukai, *Administração Pública na Constituição de 1988*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 56 e 62; Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 15. ed., São Paulo, Saraiva, p. 310-2; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, São Paulo, Atlas, 1990, p. 280-1.

[12] Cf. art. 243, caput, in fine.

[13] É aquele referente aos servidores estrangeiros estabilizados, celetistas, enquanto não adquirirem nacionalidade brasileira — cf. art. 243, § 6º, da L. 8.112.

[14] O art. 243 da L. 8.112 atinge os servidores das fundações públicas, tanto quanto os da Administração centralizada e autárquica.

[15] Trata-se das Leis n. 5.540/68, 4.595/64, 4.118/62 e 6.919/81.

[16] Fala-se aqui, naturalmente, da aplicação *originária* da L. 8.112, e não de aplicações ocasionalmente determinadas por força de leis locais, como por exemplo ocorre quanto ao Distrito Federal, que por sua Lei n. 119, de 1990, estendeu para o seu âmbito a aplicação da lei federal, conforme foi inclusive decidido pelo STF no RE n. 195.227/DF, 2ª Turma, *DJ*, 6-12-1996.

[17] Estes comentários podem parecer antiguidades empoeiradas e inatuais ante a inexistência, até 2005, de decisões do STF a invalidar o art. 243 da L. 8.112 — sendo que inúmeros Municípios, sobretudo os de Santa Catarina, imitaram a União, neste passo, em suas leis e deram-se muito mal, tendo sido em geral obrigados a reverter os neoestatutários aos seus empregos de origem. Sim, porque lamentavelmente em nosso país apenas ao elo fraco da corrente federativa se aplica a Constituição, a lei e o direito, observando-se a União fazendo literalmente o que bem quer, no mais das vezes sem sofrer a mínima coerção. Se para Municípios aplicar a torpe e juridicamente horrenda manobra do art. 243 da L. 8.112, foi declarado inconstitucional em inúmeros casos, até hoje o idealista do direito espera ver o mesmo ocorrer no plano federal, sendo lícito crer que o aguardará, sem sucesso, até o dia do juízo final.

[18] Publicamos mesmo, nesse sentido, um artigo resultante de parecer emitido para o Conselho Regional de Fonoaudiologia de São Paulo, sob título *Conselhos de fiscalização profissional não estão sujeitos a concurso público*, in *Revista Forum administrativo*, Forum, MG, dez./2007, p. 51, e in revista *IOB de direito administrativo*, IOB, SP, jan./2008, p. 90. Dele constam algumas decisões do STF que decidem em definitivo a questão da inaplicabilidade do regime único às autarquias especiais corporativas. É exemplo a célebre ADIn n. 3.026/DF, rel. Min. Eros Grau, j. 8-6-2006, Pleno, acórdão do qual se lê "*Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB*".

No parecer dissemos que “embora o acórdão do STF, na ação direta de inconstitucionalidade acima referida, tenha levantado algumas diferenças institucionais e constitucionais entre a OAB e as demais autarquias especiais que se voltam exclusivamente a fiscalizar o exercício profissional de certas categorias, o fato é que quanto à questão do concurso público constitucional, que é obrigatório para as autarquias comuns e não o é para a OAB, os Conselhos e a OAB em nada diferem” — e assim de fato é, conforme outros acórdãos superiores o confirmam, como, do TST, o Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 124/2003-033-01-40, j. 25-4-2007, DJ, 18-5-2007, relator o Juiz convocado Luiz Antônio Lazarim, verbis: “§ 3º — Os empregados dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são regidos pela legislação trabalhista, sendo vedada qualquer forma de transposição, transferência ou deslocamento para o quadro da Administração Pública direta ou indireta. (...) A constitucionalidade da disposição supra foi reconhecida pelo STF, em decisão que teve como relator o Min. Sydney Sanches, proferida na ADI 1717 MC/DF, cuja ementa segue transcrita: (...) *Embora intitulados como entidade autárquica, os Conselhos Regionais destinados à fiscalização dos profissionais a eles vinculados não se inserem no âmbito da Administração Pública direta ou indireta*” (Grifamos).

[19] Os Deputados e Senadores constituintes aplicaram, em seu benefício, o filosófico princípio segundo o qual “quem parte e reparte, e não fica com a melhor parte, ou é bobo ou não tem arte”. Com efeito, as duas casas do Congresso podem criar seus cargos sem a sanção do Executivo, por mera resolução do plenário (CF/88, arts. 48, 51, IV, e 52, XIII); o Executivo, ao invés, precisa para tanto de lei, submetida ao Congresso (art. 61, § 1º, II, a), e o Judiciário, do qual a CF exige lei para a criação de seus cargos auxiliares, remete projeto ao Congresso, que, após aprová-lo, envia-o ao Executivo para sanção, o que mobiliza os três Poderes da União (art. 96, II,

b). Nem o advento da EC n. 19/98 alterou esse estado de coisas.

[20] V. CF/88, art. 12, § 2º, e art. 37, I.

[21] Sobre provimento de cargos leia-se a excelente monografia de Márcio Cammarosano, *Provimento de cargos públicos no direito brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984. Mas sobre este tema leiam-se também os bons comentários de Mauro Gomes de Mattos na obra citada, p. 27 e seguintes.

[22] A ascensão estava disciplinada nos Decretos n. 85.645, de 20-1-1961; 86.345, de 8-9-1981; 87.039, de 16-3-1982; e 89.697, de 23-5-1984, mas, ante a extirpação dessas formas de provimento, da L. 8.112, restam prejudicados estes atos, tornados como foram sem objeto.

[23] Denominam-se as carreiras, às vezes, naturais, derivadas ou paralelas, conforme o grau de afinidade, maior ou menor, entre os vários cargos ou empregos nelas compreendidos.

[24] Cf. nossa obra O servidor público, cit., p. 103-5 e 202-5. V. também Celso Antônio, Regime constitucional dos servidores da Administração direta e indireta, Revista dos Tribunais, p. 8-11; José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo, 6. ed., Revista dos Tribunais, p. 554; Diogenes Gasparini, Direito administrativo, cit., p. 109-11.

[25] Foi para ilustrar casos assim que Rousseau classificou o Estado como o maior monstro que pode existir.

[26] Mantém-se plenamente válida, após a Carta de 1988, a Súmula do STF n. 15, que reza: “Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”.

[27] Compreenda-se bem: não será uma só lei federal que irá fixar as carreiras das autarquias e das fundações, e, pode-se assegurar, nem mesmo de toda a

Administração direta. Irá, apenas, dar os delineamentos mais genéricos e amplos, a que se sujeitarão as outras normas específicas, regulamentares.

[28] Os incontáveis ardorosos defensores do regime estatutário para o servidor público no Brasil, entre os quais se incluem Hely Lopes Meirelles, Caio Tácito, Sérgio de Andréa Ferreira, Celso Antônio Bandeira de Mello, Adilson Abreu Dallari, Márcio Cammarosano, José Afonso da Silva, José Cretella Jr., Diogenes Gasparini, Paulo Neves de Carvalho, Antônio Augusto Junho Anastasia, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Sérgio Luiz Barbosa Neves e outros mais ainda, batem-se por ele exatamente em razão disto: é o regime que permite alterações quase ilimitadas das regras, que a Administração por si só estatuiu na lei. Respeita-se tão somente o mínimo constitucional (hoje em verdade não assim tão mínimo...), e, no mais, não se fala em direito adquirido para os estatutários — o que seria impensável quanto a servidores contratados! As regras cambiam ao sabor da vontade da lei, que a Administração produz e o Congresso, às vezes com alteração, aprova. Themístocles Brandão Cavalcanti, em 1946, já ensinava: "O Estatuto legal dos funcionários emana da vontade do Estado, nele se acham estipulados os direitos e deveres, ao Estado cabe modificar as normas desse Estatuto. Além do mais, a admissão ao serviço é um ato unilateral, sujeito apenas às leis e à vontade do Estado, a este cabendo até a autolimitação do seu arbítrio de acordo com o regime jurídico que disciplina a sua vida e a sua atividade" (O funcionário público e o seu estatuto, 2. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1946, p. 89). Mas uma insidiosa amnésia parece ter assolado o legislador federal.

[29] Nesse mesmo sentido perfilam-se decisões, dentre muitas outras, como as seguintes: a) STJ, MS n. 4.374, no proc. 199500712512-DF, 3ª Seção, j. 11-12-1996; b) TRF-1ª Região, AMS n. 200001000790730, j. 16-3-2005; c) TRF-1ª Região, AC n. 9601389814, j. 23-6-2004; d) TRF-1ª Região, AMS n. 199901000556050, j. 25-5-2004; e) TRF-1ª Região, AC n.

9601526145, j. 8-2-1999; f) TRF-2ª Região, AC n. 330663, j. 5-4-2005; g) TRF-4ª Região, AC no proc. 9604664301, j. 17-6-1999.

[30] BDM, da ed. NDJ, SP, maio 2005, p. 420-3.

[31] *O servidor público nas reformas constitucionais*, Ed. Forum, 2003, p. 149-50.

[32] E não nos iremos referir salvo nesta nota, e de caso pensado, ao disposto no art. 169, §§ 4º a 7º, da Constituição, que também cuidam da perda do cargo pelo servidor estável, portanto introduzindo uma quarta possibilidade, porque isso somente pode ocorrer por *excesso de despesa com pessoal*, na forma da chamada Lei de Responsabilidade Fiscal, a LC n. 101, de 4-5-2000, bem como em outro sentido na forma da Lei n. 9.801, de 14-6-1998, tema esse que nada tem que ver com esta obra.

[33] E não mencionamos os Ministros do TCU, assim como os Conselheiros dos TCEs e os dos dois remanescentes TCMs no Brasil, que são também vitalícios, porque em verdade não são exatamente servidores públicos, mas uma espécie de agentes públicos de uma categoria jurídica intermediária entre servidores públicos e agentes políticos, num raro e bem delimitado "hibridismo" constitucional.

[34] *DJ*, 4-2-1994.

[35] Seja sempre lembrado que uma coisa é o *serviço* de readaptação, que integra a *saúde*, ou que mesmo se poderia incluir na *assistência*, e outra é um regime de previdência, que a rigor somente deveria conter prestações em dinheiro. Mas como é a própria Lei n. 8.213/91 que elenca aquele serviço entre as prestações do Regime Geral de Previdência Social, e como isso é benéfico ao segurado, assim deve ser ele considerado, para os efeitos aqui ventilados.

[36] Seja como for, em atenção a esta previsão o Executivo editou o Decreto n.

3.644, de 30-11-2000, disciplinando este art. 25.

[37] Os arts. 30 a 32 se omitiram sobre o ponto principal a disciplinar: se os proventos da disponibilidade são integrais ou proporcionais ao tempo de serviço. Mas o Supremo Tribunal Federal já se pronunciara a respeito, declarando-os integrais, numa das mais infelizes de suas decisões, fazendo letra morta o § 3º do art. 40 da Constituição Federal, e contrariando praticamente toda a doutrina brasileira. Ignorando a Constituição, o Supremo Tribunal Federal premiou aos "disponíveis" com a remuneração que perceberiam na ativa. Atualmente a questão se pacificou na CF — art. 41, § 2º.

[38] *O servidor público*, cit., p. 143 e 171

[39] A Lei Complementar n. 101, de 4-5-2000.

[40] Formulação DASP n. 201: "A cassação de disponibilidade, inclusive por falta de posse em caso de aproveitamento, depende, sempre, de inquérito administrativo"; Formulação DASP n. 321: "A competência para instaurar o inquérito que objetive a cassação de disponibilidade é do órgão a cujo Quadro pertencia o funcionário antes de ser colocado em disponibilidade".

[41] *V.* nossa obra *O servidor público*, cit., p. 150-1; Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 396 e s.; José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 571 e s. A magistral lição de Hely Lopes Meirelles sobre vantagens dos servidores (*Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 392-407) parece, contudo, desatualizada diante da L. 8.112, quando inclui entre as modalidades de vantagens pecuniárias apenas os adicionais e as gratificações (p. 398). A L. 8.112 acresceu a este rol as *indenizações*, que considerou, também, vantagens pecuniárias atribuíveis aos servidores federais (arts. 49, I, 51 e 52), ainda que com pouca técnica.

[42] Nossa obra *O servidor público*, cit., p. 152. E a menção ao antigo § 1º do

art. 39 constitucional está desatualizada, como visto.

[43] Dissemos, no comentário ao art. 40, que se deve evitar o emprego, no plural, de *vencimento*. É termo que só confunde, quando confrontado com a forma no singular, ou com *remuneração.* Mas a L. 8.112, lamentavelmente, contribui, no § 4º do art. 41, para a barafunda.

[44] Publicado em *Boletim de Direito Administrativo*, *12*:634, dez. 1990.

[45] E o *nomen juris* daqueles ganhos do servidor, que pelo visto constituem algo mais amplo e abrangente que *remuneração*, qual será? ... Seja como for, insista-se em que o teto remuneratório do servidor não mais é aquele constante do *caput* do art. 42, mas aquele previsto no atual inc. XI do art. 37 constitucional.

[46] Obra citada, p. 206/22.

[47] Guimarães Menegale, *O estatuto dos funcionários*, cit., p. 358; Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 373-4; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Regime constitucional*, cit., p. 71-2; Diogenes Gasparini, *Direito administrativo*, cit., p. 121; José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 572, e outros publicistas ainda.

[48] Foi editado o Decreto n. 4.961, de 20-1-2004, regulamentando este art. 45. Mesmo que não se garanta que ainda vigore quando saia a lume esta edição, registre-se.

[49] *A Lei n. 8.112/90 — interpretada e comentada*, 2. ed., América Jurídica, p. 262.

[50] *Novo dicionário jurídico brasileiro*, 7. ed., São Paulo, Parma, 1984.

[51] *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 398, nota n. 14.

[52] Sem embargo do disposto no § 1º deste art. 58.

[53] Parecer TCE-SP 107.124/026/89, de 6-11-1990, à Câmara Municipal de

Ipuã, SP.

[54] Bem verdade, a disciplina da medida provisória se alterou drasticamente e para melhor com o advento da EC n. 32, de 11-9-2001, que introduziu o § 3º no art. 62 da Carta, pelo qual a medida provisória perde eficácia se não for convertida em lei em sessenta dias, prorrogáveis por igual período, o que permite entrever a derrocada do império daquela autêntica desgraça legislativa, uma das piores ideias do constituinte de 1988. Existem ainda, entretanto, medidas provisórias em vigor, "congeladas" que foram pelo art. 2º daquela mesma EC n. 32/2001, e algumas, como por exemplo a MP n. 2.225-45, de 4-9-2001, continuam a produzir efeito sobre a L. 8.112.

[55] V. Lei n. 9.649, de 27-5-1998, e MP n. 2.216-37, de 31-8-2001.

[56] Cf. *O estatuto dos funcionários*, cit., p. 441-9.

[57] Cf. *O estatuto dos funcionários*, cit., p. 453.

[58] No mesmo sentido v. TRF-2ª Região, AC n. 283.714, 2ª Turma, *DJ*, 3-9-2003.

[59] *Lei n. 8.112/90 — interpretada e comentada*, 2. ed. América Jurídica, 2006, p. 745.

[60] *O limite da improbidade administrativa*, 2. ed., América Jurídica, 2005.

[61] *Lei n. 8.112/90 — interpretada e comentada*, cit., p. 793.

[62] *Lei n. 8.112/90 — interpretada e comentada*, 2. ed., América Jurídica, 2006, p. 817-46.

[63] A CLT, por exemplo, considera causa de rescisão, contratual, pelo empregado, qualquer suspensão superior a trinta dias (cf. art. 474).

[64] Cf. José Armando Costa, *Teoria e prática do processo administrativo disciplinar*, Saraiva, 1987; Ernomar Octaviano e Átila Gonzalez, *Sindicância e processo administrativo*, 5. ed., Leud, 1990; Manoel de

Oliveira Franco Sobrinho, *Introdução ao direito processual administrativo*, São Paulo, 1971; Themístocles Brandão Cavalcanti, *Direito e processo disciplinar*, Rio de Janeiro; J. Guimarães Menegale, obra citada no capítulo específico, e diversas outras.

[65] Constitui exemplo de ação provida, nesse sentido, o Mandado de Segurança n. 1.246 da 2ª Vara Cível da Comarca de Santo André, em decisão confirmada pelo TJSP.

[66] MS 10.837 — DF 2005/0120158-6, j. 28-6-2006; MS 10565 — DF 2005/0060850-9, j. 8-2-2006; MS 9201 — DF 2003/01236179-2, j. 8-9-2004; MS 7078 — DF 2000/0065864-2, j. 22-10-2003, e RMS 20148 — PE 2005/0096183-2, j. 7-3-2006.

[67] A doutrina referida conta com obras, apenas por exemplo, como *Processo administrativo passo a passo*, de Léo da Silva Alves, 2. ed. Rio de Janeiro, Brasília Jurídica, 2004. Posteriormente à edição da súmula, artigos como *Novos rumos do processo administrativo*: a indispensabilidade de advogado nos processos administrativos disciplinares, de Horácio Augusto Mendes de Sousa, in *Revista Governet — Boletim de Recursos Humanos*, PR, mar./2008, p. 212 e segs., ou sobretudo o extraordinário *Tratado de direito administrativo disciplinar*, de Mauro Roberto Gomes de Mattos, Rio de Janeiro, Brasília Jurídica, 2008, inquestionavelmente a mais completa e abrangente obra sobre o tema jamais editada em nosso país, constituem seguro embasamento doutrinário à tese da indispensabilidade de advogado em todas as fases do processo administrativo contra servidor público.

[68] E que ninguém se sinta diminuído por, em momentos como tais, não poder ser constituído defensor de outrem apenas por não ser profissional advogado. Sem nenhum demérito a não advogados, o profissionalismo sempre deve fazer sempre diferença, sendo conhecida a passagem de Brahms que, acusado de escrever música muito difícil de executar,

respondeu ao acusador: — Eu não escrevo para amadores.

[69] *Grande e novíssimo dicionário da língua portuguesa*, 3. ed., José Olympio, 1957.

[70] *O estatuto dos funcionários*, cit., p. 679.

[71] *A seguridade social na Constituição Federal*, LTr, 1989, p. 41.

[72] A seguridade social na Constituição de 1988, Revista dos Tribunais, 1989, p. 34.

[73] A Lei n. 8.212, de 24-7-1991, é a LOSS, Lei Orgânica de Seguridade Social; a n. 8.213 dispõe sobre planos de benefícios da Previdência Social.

[74] *O servidor público nas reformas constitucionais*, 2. ed., Forum, 2006, pp. 146/7.

[75] Cf. Lei n. 8.213, de 24-7-1991, arts. 74 a 79.

[76] Nesse sentido nosso artigo *Desmitificando os convênios*, publ. in *Forum de contratação e gestão públicas*, ed. Forum, MG, jul./06, p. 7427, in *Boletim de administração pública municipal*, set./06, assunto 78, e in *Revista Zênite de licitações e contratos*, PR, ago./06, p. 673.