



By @kakashi_copiador

AGENTES PÚBLICOS

Noções introdutórias

Você já viu alguém “apertar a mão” do Estado? Ou “apertar a mão” de uma pessoa jurídica? Bom, acredito que não! Isso não é possível porque, como pessoa jurídica, o Estado é um **ser abstrato**, dependendo de **pessoas físicas** para manifestar a sua vontade. Dessa forma, para que o Estado firme um contrato, haverá a necessidade de um “agente público” pegar a caneta e fazer a assinatura.

Nesse contexto, a **teoria do órgão** demonstra que a vontade estatal é desenvolvida dentro dos órgãos públicos, sendo manifestada pela atuação de pessoas físicas. Eis que chegamos ao agente público, que “é toda pessoa física que atua como órgão estatal, produzindo ou manifestando a vontade do Estado”¹.

Para José dos Santos Carvalho Filho, o conceito de agentes públicos possui **sentido amplo**, representando **o conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem a função pública** como prepostos do Estado. Já Hely Lopes Meirelles conceitua agentes públicos como “**todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal**”.

Essa concepção ampla de agente público encontra-se positivada² na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), que apresenta o seguinte conceito:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Dessa forma, devemos entender o conceito de agentes públicos como uma designação genérica para as pessoas físicas que exercem, a qualquer título, as funções estatais, independentemente da natureza ou tipo de vínculo que possuem com o Estado.

Assim, podemos dizer que são agentes públicos as pessoas físicas que exercem atribuições políticas, como o Presidente da República e os parlamentares; as pessoas físicas que exercem as atribuições administrativas no seu dia a dia, como atividade profissional, a exemplo dos servidores efetivos e comissionados, dos empregados públicos, dos agentes temporários e dos militares. Também se inserem nesse conceito amplo as pessoas que atuam em entidades privadas, mas que prestam serviços mediante delegação do Estado, como um motorista de uma concessionária de serviço público, enquanto presta o serviço de transporte à população. Ainda exemplificando, também são agentes públicos aqueles que não possuem um vínculo de trabalho formal com o Estado, mas exercem a função pública em casos especiais, como ocorre com os

¹Justen Filho, 2014, p. 873.

² Positivada é uma expressão adotada “no juridiquês” para dizer que algo está previsto em lei. Logo, um conceito “positivado” é um conceito que consta em alguma norma, como ocorre com o conceito de agente público da Lei de Improbidade Administrativa.

mesários eleitorais. Por fim, até mesmo o estagiário de um órgão público é agente público nesse sentido amplo.

Classificação ou espécies

A partir desse conceito amplo, a doutrina apresenta diversas espécies de agentes públicos. Como em outros assuntos do Direito Administrativo, não há consenso entre os juristas e as classificações possíveis.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, os agentes públicos dividem-se em (a) **agentes políticos**; (b) **servidores públicos**, (c) **militares**; e (d) **particulares em colaboração com o Poder Público**.

Por outro lado, José dos Santos Carvalho Filho classifica os agentes públicos em: (a) **agentes políticos**; (b) **agentes particulares colaboradores**; (c) **servidores públicos**.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, apresenta quatro grupos de agentes públicos: (a) **agentes políticos**; (b) **agentes honoríficos**; (c) **servidores estatais** – abrangendo servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de Direito Privado; (d) **particulares em atuação colaboradora com o Poder Público**.

Outra classificação muito adotada é a de Hely Lopes Meirelles, que apresenta as seguintes espécies de agentes públicos: (a) **agentes políticos**; (b) **agentes administrativos**; (c) **agentes honoríficos**; (d) **agentes delegados**; e (e) **agentes credenciados**.

Não existe uma classificação certa e outra errada. Todas essas podem ser mencionadas em prova, sendo cada uma “certa” no âmbito do seu contexto. Porém, esta última classificação é a mais interessante para fins de concurso público, já que é mais detalhada. Todavia, ainda assim, podemos fazer pequenos ajustes para abranger todos os casos que podem aparecer em prova.

Dessa forma, preferimos seguir a seguinte classificação própria, com as adaptações das classificações mencionadas acima:

- a) **agentes políticos**;
- b) **agentes administrativos**, que se subdividem em: **servidores públicos**; **empregados públicos** e **agentes temporários**;
- c) **particulares em atuação colaboradora ou agentes delegados** (nessa categoria, vamos agrupar os honoríficos, credenciados e os agentes delegados propriamente ditos);
- d) **militares**.

Também vamos deixar um tópico para falar dos agentes de fato, que são pessoa que tiveram alguma situação especial na sua investidura na função pública.

Além disso, desde já, vamos deixar a ressalva para a classificação mencionada na letra “c”. Esta é a que mais possui divergência quanto à classificação. Logo, não seja tão rígido quanto aos termos ali adotados. Tanto a expressão “particulares em atuação colaboradora” como “agentes delegados” podem ser adotados em sentido genérico como em um sentido mais específico, conforme vamos explicar em tópico próprio.

AGENTES PÚBLICOS



Agentes políticos

Os agentes políticos são os componentes do governo em seus primeiros escalões para o exercício de **atribuições constitucionais**.

Esses agentes atuam com plena **liberdade funcional**, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, prevista na Constituição e em leis especiais. Em regra, a atuação dos agentes políticos se relaciona **com as funções de governo ou de função política**. Com efeito, existem normas próprias para a escolha, investidura, conduta e processos por crimes funcionais e de responsabilidade.

Nesse contexto, estão nessa categoria:

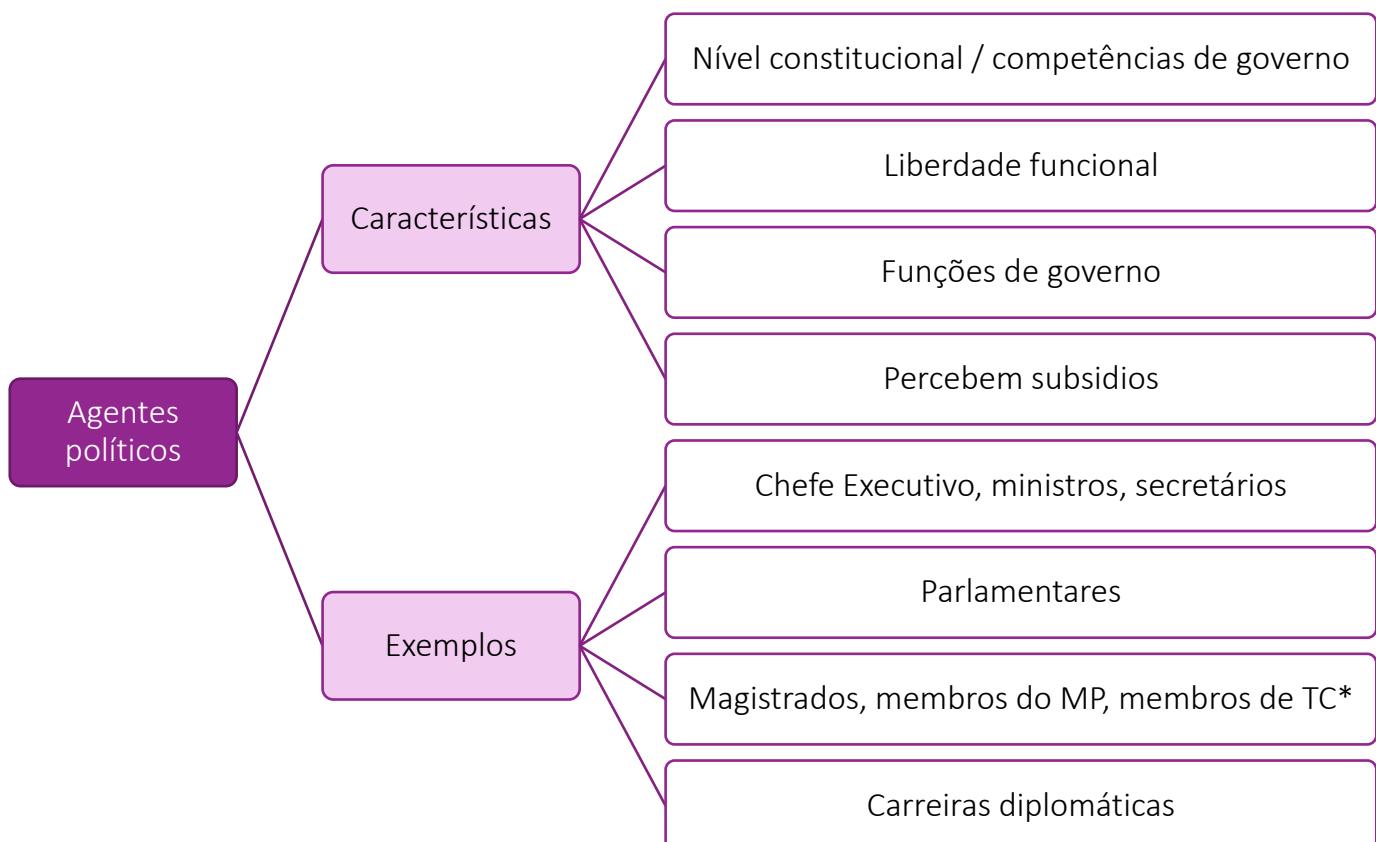
- os **chefes do Poder Executivo** (Presidente, governadores e prefeitos);
- os **auxiliares imediatos do chefe do Poder Executivo** (ministros e secretários estaduais e municipais);
- os **membros das corporações legislativas** (senadores, deputados e vereadores).

Adicionalmente, Hely Lopes Meirelles inclui como agentes políticos: (a) os **membros do Poder Judiciário** (magistrados em geral); (b) os **membros do Ministério Público** (procuradores da República e da Justiça, promotores e curadores públicos); (c) os **membros dos Tribunais de Contas** (ministros e conselheiros); (d) os **representantes diplomáticos**; e (e) demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase judiciais, estranhas ao quadro do serviço público.

Com efeito, o próprio Supremo Tribunal Federal já se referiu aos magistrados como “agentes políticos”, conforme consta na Ementa do RE 228.977/SP: “Os magistrados enquadram-se na espécie **agente político**, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica”.

Todavia, no que se refere aos **membros dos Tribunais de Contas** (ministros e conselheiros), o STF, ao discutir sobre a aplicação da Súmula Vinculante 13 na escolha desses agentes, entendeu que os membros de tribunais de contas ocupam **cargos administrativos**, uma vez que se trata de órgão que auxilia o Poder Legislativo no controle externo da Administração Pública³. Dessa forma, na visão do Supremo Tribunal Federal, os ministros e conselheiros dos Tribunais de Contas não são agentes políticos.

Por fim, vale mencionar que a remuneração dos **agentes políticos**, por força do art. 37, XI, da CF ocorre por meio de **subsídio**.



³Rcl 6702 MC-AgR/PR.

Agentes administrativos

Os **agentes administrativos** são aqueles que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com **vínculo empregatício** e mediante **remuneração** paga pelos cofres públicos. Caracterizam-se pelo exercício da atividade como **profissão**, dentro de uma estrutura **hierarquizada**.

Alguns administrativistas preferem falar em “servidores públicos em sentido amplo” para designar o que Hely Lopes Meirelles chama de agentes administrativos.

Os agentes administrativos encontram-se sujeitos ao regime da entidade que servem e às normas do órgão em que trabalham, e, para **efeitos criminais**, são considerados **funcionários públicos**, nos termos do art. 327⁴ do Código Penal.

Segundo Hely Lopes Meirelles, os agentes administrativos constituem a imensa massa de prestadores de serviços à Administração Direta e Indireta, **subdividindo-se em três grupos**:

- a) os **servidores públicos** (também chamados de servidores **estatutários** ou servidores em sentido estrito): são os titulares de **cargo público**, **efetivo** ou em **comissão**, que se submetem ao **regime jurídico estatutário** (**vínculo de natureza legal**). São exemplos: Auditor Federal de Controle Externo; Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, Analista Judiciário, Técnico Judiciário, etc.;
- b) os **empregados públicos** (também chamados de servidores empregados ou servidores **celetistas**): são os titulares de **emprego público**, contratados sobre o **regime da legislação trabalhista** (Consolidação das Leis do Trabalho - CLT), cujo vínculo com a Administração possui natureza contratual (**contrato de trabalho**), com predomínio das regras de **direito privado**. São exemplos os agentes das empresas públicas e sociedades de economia mista, como na Caixa Econômica Federal, nos Correios, na Petrobrás, etc.;
- c) os **servidores temporários**: contratados com base no art. 37, IX, da CF, por tempo determinado para “**atender a necessidade temporária de excepcional interesse público**”. Os temporários não possuem cargo nem emprego público, exercendo apenas uma **função pública**. O vínculo com a Administração Pública é contratual, mas não se trata de regime celetista. Na verdade, trata-se de **regime jurídico especial**, disciplinado em lei de cada unidade da federação. São exemplos os recenseadores do IBGE e profissionais contratados para atuar em caso de calamidade pública.

Agentes honoríficos

Os agentes honoríficos são cidadãos convocados, designados ou nomeados para prestar ao Estado, **transitoriamente**, determinados **serviços relevantes**, em razão de sua condição cívica, de sua honorabilidade

⁴ A designação “funcionário público” não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Todavia, o Código Penal, cuja redação inicial é de 1940, ainda utiliza essa designação para referir-se aos servidores públicos em sentido amplo. Nesse contexto, vejamos o conteúdo do art. 327 do CP:

Art. 327 - Considera-se **funcionário público**, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a **funcionário público** quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

ou de sua notória capacidade profissional, mas sem possuir qualquer vínculo empregatício ou estatutário e, normalmente, sem remuneração.

Esses agentes não são servidores públicos, mas exercem, transitoriamente, a função pública, sujeitando-se à hierarquia e à disciplina do órgão ao qual estão servindo. Normalmente, não recebem remuneração, mas podem receber, eventualmente, algum tipo de *pro labore* e contar o período de trabalho como serviço público.

Com efeito, os serviços prestados pelos honoríficos são conhecidos como serviços públicos relevantes, ou múnus público, a exemplo da função de jurado do tribunal do júri, de mesário eleitoral, de membros de Conselho Tutelar, etc.

Sobre eles não incidem as proibições sobre acumulação de cargos, funções e empregos públicos (CF, art. 37, XVI e XVII), uma vez que seu vínculo é transitório, sem caráter empregatício. **Todavia, para fins penais, esses agentes são equiparados a “funcionários públicos” quanto aos crimes relacionados com o exercício da função (CP, art. 327).**

Agentes delegados

Os agentes delegados são particulares – pessoas físicas ou jurídicas – que recebem a incumbência da execução de determinada **atividade, obra ou serviço público** e o realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do delegante⁵. Esses agentes não são representantes do Estado, mas são **colaboradores** do Poder Público.

Nessa categoria, estão os *concessionários e permissionários de obras e serviços públicos, os leiloeiros, os tradutores ou intérpretes públicos, os serventuários de ofícios ou cartórios não estatizados e as demais pessoas* que recebam delegação para a prática de alguma atividade estatal ou serviço de interesse coletivo.

Dessa forma, os funcionários de empresas delegatárias de serviços públicos, quando no exercício dessas atribuições, são considerados **agentes públicos**, mais especificamente agentes delegados.

Com efeito, quando estiverem no desempenho da função pública, são enquadrados como “autoridade” para fins de **mandado de segurança (Lei 12.016/2009, art. 1º, §1º); sujeitam-se à **responsabilidade civil objetiva** (CF, art. 37, §6º); e são considerados “funcionários públicos” para **efeitos penais** (CP, art. 327, §1º).**

Agentes credenciados

Os agentes credenciados são aqueles que recebem da Administração Pública a incumbência de **representá-la** em determinado ato ou para praticar **alguma atividade específica**, mediante **remuneração** do Poder Público credenciante. Cita-se, como exemplo, o credenciamento de pessoa de renome para representar o país em evento internacional (p. ex.: um medalhista de Jogos Olímpicos para representar o Brasil em um congresso sobre a organização do evento em 2016).

⁵ Meirelles, 2013, p. 83.

Vejamos como isso pode cair em prova.



(MDIC - 2014) Os particulares, ao colaborarem com o poder público, ainda que em caráter episódico, como os jurados do tribunal do júri e os mesários durante as eleições, são considerados agentes públicos.

Comentários: os particulares que colaboram com o Poder Público, ainda que de forma transitória, como ocorre com os jurados do tribunal do júri e os mesários eleitorais, são considerados agentes honoríficos, que são espécie dos agentes públicos. Dessa forma, o item está correto.

Gabarito: correto.

(CNJ - 2013) Considere que determinado cidadão tenha sido convocado como mesário em um pleito eleitoral. Nessa situação hipotética, no exercício de suas atribuições, ele deve ser considerado agente político e, para fins penais, funcionário público.

Comentários: os agentes honoríficos são aqueles que são cidadãos convocados, designados ou nomeados para prestar ao Estado, transitoriamente, determinados serviços, em razão de sua condição cívica, de sua honorabilidade ou de sua notória capacidade profissional, mas sem possuir qualquer vínculo empregatício ou estatutário e, normalmente, sem remuneração. Entre os exemplos de agentes honoríficos encontramos os mesários eleitorais.

Com efeito, para fins penais, essa categoria de agente equipara-se aos “funcionários públicos”, na forma do art. 327 do Código Penal.

Assim, o único erro da questão foi falar em “agente político”, quando o correto é “agente honorífico”.

Gabarito: errado.

(MPU - 2013) Os ministros de Estado são considerados agentes políticos, dado que integram os mais altos escalões do poder público.

Comentários: os agentes políticos são os componentes do governo em seus primeiros escalões para o exercício de atribuições constitucionais. A doutrina diverge sobre quais as autoridades consideradas como agentes políticos, mas há consenso em pelo menos três tipos: (a) chefes do Poder Executivo; (b) auxiliares imediatos do chefe do Poder Executivo (ministros e secretários estaduais e municipais); (c) membros das corporações legislativas.

Dessa forma, o item está correto, uma vez que os ministros de Estado são considerados agentes políticos.

Gabarito: correto.

(ANATEL - 2012) Os agentes políticos definem e implementam estratégias políticas para que o Estado atinja seus fins e sua investidura se dá, exclusivamente, mediante eleição.

Comentários: parte da doutrina entende que os agentes políticos são apenas os chefes do Poder Executivo (Presidente, governadores e prefeitos), seus auxiliares imediatos (ministros e secretários) e os membros das Casas Legislativas (senadores, deputados e vereadores). Nesse sentido, a Profª. Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina o seguinte:

São, portanto, agentes políticos, no direito brasileiro, porque exercem típicas atividades de governo e exercem mandato, para o qual são eleitos, apenas os Chefes dos Poderes Executivos federal, estadual e

municipal, os Ministros e Secretários de Estado, além de Senadores, Deputados e Vereadores. A forma de investidura é a eleição, salvo para Ministros e Secretários, que são de livre escolha do Chefe do Executivo e providos em cargos públicos mediante nomeação.

Assim, percebe-se que, mesmo neste conceito mais estrito, nem todos agentes políticos são investidos por meio de eleição, uma vez que os ministros e secretários são nomeados pelos chefes do Poder Executivo de cada esfera de governo.

Além disso, em uma abordagem mais abrangente, feita por autores como Hely Lopes Meirelles, os agentes políticos alcançam também (a) os membros do Poder Judiciário (magistrados em geral); (b) os membros do Ministério Público (procuradores da República e da Justiça, promotores e curadores públicos); (c) os membros dos Tribunais de Contas (ministros e conselheiros); (d) os representantes diplomáticos.

Com efeito, o próprio STF, no Recurso Extraordinário 228.977/SP, utilizou a expressão “agentes políticos” para se referir aos magistrados. Nesse caso, já temos outro exemplo de agente político cuja investidura não ocorre por meio de eleição. Logo, a questão está errada.

Por fim, vale dizer que o STF entendeu que a Súmula Vinculante nº 13 aplica-se à escolha dos membros dos Tribunais de Contas (ministros e conselheiros), considerando que eles ocupam cargo de natureza administrativa, uma vez que se trata de órgão que auxilia o Poder Legislativo no controle externo da Administração Pública⁶. Dessa forma, para o Pretório Excelso, a tendência é não considerar os membros dos Tribunais de Contas como agentes políticos.

Gabarito: errado.

(ANATEL - 2012) O empregado de empresa concessionária do serviço de telefonia é considerado um agente público.

Comentários: o conceito de agente público é bem amplo, alcançando os seguintes tipos de agentes: (a) políticos; (b) administrativos; (c) honoríficos; (d) delegados; e (e) credenciados.

No grupo dos agentes delegados, temos os concessionários e permissionários de obras e serviços públicos, os leiloeiros, os tradutores ou intérpretes públicos, os serventuários de ofícios ou cartórios não estatizados e as demais pessoas que recebam delegação para a prática de alguma atividade estatal ou serviço de interesse coletivo. Por conseguinte, o empregado de uma empresa concessionária do serviço de telefonia é considerado agente público.

Gabarito: correto.

Agente de fato

Os agentes de fato designam um grupo de agentes que, mesmo sem ter uma investidura normal e regular, executam função pública em nome do Estado. A expressão “agentes de fato” serve para diferenciá-los dos “agentes de direito”. Segundo José dos Santos Carvalho Filho, o ponto marcante dos agentes de fato é que o **desempenho da função pública deriva de situação excepcional, sem prévio enquadramento legal, mas que pode ocorrer no âmbito da Administração, em decorrência da grande variedade de situações que ocorrem na sociedade.**

Dessa forma, os agentes de fato diferenciam-se em duas categorias:

⁶ Rcl 6702 MC-AgR/PR.

- a) **agentes necessários:** são aqueles que atuam em **situações excepcionais**, como, por exemplo, em uma calamidade pública ou outra situação emergencial, colaborando com o Poder Público, como se fossem agentes de direito. Seria o caso de uma pessoa designada pelo Poder Público para coordenar um abrigo público durante uma grave enchente, executando atos e exercendo atividades como se fosse um agente público;
- b) **agentes putativos:** são os que desempenham atividade pública na **presunção de legitimidade**, porém em caso que a investidura do agente não se deu dentro do procedimento legalmente exigido. É o exemplo de agente que pratica inúmeros atos de administração, porém sem ter sido previamente aprovado em concurso público.

Em regra, os atos praticados pelos agentes de fato são considerados válidos. No caso dos *agentes necessários*, os atos são confirmados pelo Poder Público em decorrência da excepcionalidade da situação e do interesse público que justificou a supressão dos requisitos legais. No caso *agentes putativos*, por outro lado, podem ser questionados alguns atos praticados no âmbito interno, mas devem ser respeitados os atos de **efeitos externos**, para evitar prejuízo aos terceiros de boa-fé sejam prejudicados pela investidura ilegítima. Aplica-se ao caso a chamada **teoria da aparência**, uma vez que os administrados sempre presumem que o agente público encontra-se investido legalmente em sua função.

Ademais, é importante mencionar que o agente, mesmo que investido de forma irregular, possui direito à percepção de remuneração, não se podendo exigir a devolução dos valores, sob pena de gerar o enriquecimento ilícito da Administração⁷.



(TCE ES - 2012) A doutrina, ao tratar dos agentes de fato, classifica-os em dois tipos: agentes necessários e agentes putativos; os putativos, cujos atos, em regra, são confirmados pelo poder público, colaboraram, em situações excepcionais, com este, exercendo atividades como se fossem agentes de direito.

Comentários: o item começa bem, afinal os agentes de fato dividem-se em (a) agentes necessários; e (b) agentes putativos. No entanto, a segunda parte da questão refere-se aos agentes necessários, que são aqueles que colaboram, em situações excepcionais com o Poder Público, exercendo atividades como se fossem agentes de direito.

Gabarito: errado.

(TCE RN - 2009) Agente putativo é aquele que, em estado de necessidade pública, assume o encargo de desempenhar certas funções públicas, que de outra forma não seriam executadas, agindo como um servidor regularmente provido.

Comentários: o agente putativo é aquele que desempenha a função pública, na presunção de legitimidade, porém a sua investidura não se deu dentro do procedimento legal. Seria, por exemplo, um agente nomeado sem prévia aprovação em concurso público.

⁷ RMS 25.104.

O caso apresentado na questão é o de agente necessário, este sim assume o encargo de desempenhar funções públicas em estado de necessidade pública, como uma emergência, calamidade pública, enchente, etc. Nesse caso, o agente atua como se tivesse sido investido regularmente, atuando como agente de direito. Portanto, a questão está errada.

Gabarito: errado.

Cargo, emprego e função pública

Os agentes públicos podem exercer cargo público, emprego público ou função pública.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, os cargos públicos são “*as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e criados por lei [...]*”⁸.

Com efeito, a Lei 8.112/1990 define cargo público como “o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor” (art. 3º). Ademais, os cargos públicos “são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão” (art. 3º, parágrafo único).

Os titulares dos cargos públicos são os **servidores públicos**, que são agentes administrativos submetidos ao **regime estatutário**. Dessa forma, os cargos públicos representam o lugar ou posição jurídica ocupada pelo servidor público nas pessoas jurídicas de Direito Público – **administração direta, autarquias e fundações públicas**.

Conforme vimos acima, os cargos públicos dividem-se em efetivos – aprovados em concurso público – e em comissão – de livre nomeação e exoneração. **Aos dois casos aplica-se o regime estatutário.**

São exemplos de cargos públicos: Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil; Especialista em Regulação da Anatel; Auditor Federal de Controle Externo do TCU; Analista Judiciário do TRT; etc.

Os **empregos públicos**, por outro lado, diferem-se dos cargos públicos por designarem a unidade de atribuições em que o vínculo é celetista, possuindo, portanto, a **natureza trabalhista e contratual**, regido predominantemente por **regras de Direito Privado**. Dessa forma, os empregos públicos designam, em regra, as unidades de atribuições e responsabilidades ocupadas pelos **empregados públicos** das pessoas administrativas de direito privado: **empresas públicas e sociedades de economia mista**.

⁸ Em continuação, o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta uma exceção à exigência de lei para a criação de cargos públicos, representada pelos cargos dos **serviços auxiliares do Poder Legislativo**, que são criados por meio de **resolução**, da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, conforme o caso (CF, art. 51, IV; e 52, XIII) - Bandeira de Mello, 2014, p. 259. Apesar dessa ressalva, as bancas de concurso costumam considerar como verdadeira a afirmativa de que os **cargos só podem ser criados por lei**.

Na Constituição Federal, há uma exceção de empregado público na administração direta, referente aos agentes comunitários de saúde e aos agentes de combate às endemias, cujo vínculo com a Administração Pública ocorre por meio de regime celetista (CF, art. 198, §5º; c/c Lei 11.350/2006, art. 8º)⁹.

Outra exceção consta na Lei 13.822/2019, que passou a prever o regime de emprego público para os consórcios públicos de **direito público** e de direito privado. Logo, os consórcios públicos, mesmo aqueles constituídos com natureza de direito público, realizam concurso público para provimento, mas o regime de pessoal será de emprego público, regido pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Dessa forma, podemos perceber que tanto os cargos quanto os empregos públicos representam unidades específicas de atribuições, localizadas no interior dos órgãos. **As diferenças, porém, podem ser esquematizadas da seguinte forma:**

- a) **cargos públicos:** são ocupados por **servidores públicos, sob regime estatutário, nas pessoas jurídicas de Direito Público** (administração direta, autarquias e fundações públicas);
- b) **empregos públicos:** são ocupados pelos **empregados públicos, sob regime celetista** (trabalhista e contratual), nas **pessoas jurídicas de direito privado** (empresas públicas e sociedades de economia mista) e, **excepcionalmente, na administração direta** (somente para agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias) ou nos consórcios públicos.

Para todo cargo ou emprego público corresponde uma ou mais funções públicas, isto é, o conjunto de atribuições conferidas aos órgãos, aos cargos, aos empregos ou diretamente aos agentes públicos. Dessa forma, todo cargo ou emprego público possui alguma função. Todavia, existem casos em que a função não é atribuída a nenhum cargo ou emprego público, ou seja, existem funções que não possuem cargo ou emprego público.



Todo cargo ou emprego público possui função, mas pode existir função sem cargo ou emprego público.

Nesse contexto, a função pode ser utilizada para demonstrar um conceito **residual**, representado pelo conjunto de atribuições às quais não corresponde um cargo ou emprego. Assim, a função sem cargo ou emprego é chamada de **função autônoma**, que, na Constituição Federal, abrange duas situações:

⁹ As emendas constitucionais 51/2006 e 63/2010 realizaram modificações no art. 198, §5º, da Constituição Federal, determinando que “lei federal” deveria dispor sobre o regime jurídico dos agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias. Por conseguinte, a Lei 11.350/2006 estabeleceu que esses agentes deveriam se submeter “ao regime jurídico estabelecido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, salvo se, no caso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, lei local dispuser de forma diversa”. Dessa forma, atualmente existe essa **exceção de empregados públicos na administração direta**.

- a) **função temporária:** exercida por servidores temporários, na forma do art. 37, IX, da CF; e
- b) **função de confiança:** exercida exclusivamente por servidores públicos titulares de cargos efetivos, destinando-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento, na forma prevista no art. 37, V, da CF.

A função temporária é acometida aos casos de “contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público” (CF, art. 37, IX). Nesse caso, o agente administrativo não ocupa nenhum cargo ou emprego, mas tão somente exerce função pública. Por exemplo, os médicos contratados por tempo determinado em decorrência de um surto endêmico excepcional não irão ocupar a vaga de nenhum médico. O mesmo ocorre com os professores substitutos, que não ocupam a vaga dos titulares, exercendo a função até o provimento de professor efetivo.



(PM CE - 2014) O cargo público, cujo provimento se dá em caráter efetivo ou em comissão, só pode ser criado por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos.

Comentários: essa questão tomou por base o art. 3º, parágrafo único, da Lei 8.112/1990 vazado nos seguintes termos:

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.

Essa é a regra, ou seja, a criação de cargos públicos é feita por lei. Como a questão é quase cópia da Lei, o item deve ser considerado como correto.

Contudo, lembramos que o caso possui uma exceção, que é a criação de cargos para os serviços auxiliares do Poder Legislativo, que, nos termos dos artigos art. 51, IV, e 52, XIII, da Constituição Federal, devem ocorrer por meio de resolução das respectivas Casas (Câmara do Deputados ou Senado Federal, conforme o caso).

De qualquer forma, dificilmente uma banca de concurso vai considerar a afirmativa da questão como errada, uma vez que o trecho é mera reprodução da Lei 8.112/1990.

Gabarito: correto.

(MIN - 2013) Nas empresas públicas e sociedades de economia mista, não existem cargos públicos, mas somente empregos públicos.

Comentários: as empresas públicas e sociedades de economia mista possuem natureza jurídica de Direito Privado e, portanto, o regime estatutário mostra-se incompatível para essas entidades. Assim, não existem cargos públicos nas empresas públicas e sociedades de economia mista, mas somente empregos públicos.

Gabarito: correto.

(TRE RJ - 2012) Cargos públicos são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los sob relação trabalhista.

Comentários: o cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor público. Dessa forma, as atribuições são desempenhadas sob relação estatutária. Portanto, a questão descreveu o conceito de emprego público, motivo pela qual o item está errado.

Gabarito: errado.

Regime jurídico (estatutário ou celetista)

Apesar de existirem inúmeras categorias de agentes públicos, o Direito Administrativo preocupa-se basicamente com os agentes administrativos. Por conseguinte, os regimes jurídicos de maior relevância são: **regime estatutário** e **regime celetista ou trabalhista**, aplicáveis, respectivamente, aos servidores públicos e aos empregados públicos¹⁰.

O **regime estatutário** é o conjunto de regras legais que disciplina a relação entre os servidores públicos, ocupantes de cargo público, e a **Administração Direta, autárquica e fundacional de direito público**.

A característica do regime estatutário é que ele é disciplinado em **lei (natureza legal)** de cada ente da Federação, que deverá observar as normas constitucionais. Nesse contexto, há uma **pluralidade normativa**, uma vez que cada ente político (União, estados, Distrito Federal e municípios) possui o seu próprio regime estatutário, previsto em lei própria. Com efeito, a Constituição Federal estabelece que são de iniciativa privativa do Presidente da República a lei sobre “*servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria*”. Tal regra aplica-se, por simetria, aos governadores dos estados-membros e aos prefeitos municipais.

No âmbito da União, o estatuto dos servidores públicos está previsto na Lei 8.112/1990, que estabelece o regime jurídico dos servidores públicos civis da **União, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas federais**.

O **regime celetista**, por outro lado, estabelece as regras para os empregados públicos. Assim, enquanto o regime estatutário possui natureza legal, o regime celetista possui natureza contratual, ou seja, encontra-se disciplinado em um **contrato de trabalho**, sendo, portanto, **bilateral**. As regras gerais do regime celetista encontram-se na **Consolidação das Leis do Trabalho** (Decreto-Lei 5.452/1943), aplicável a todos os entes da Federação, por esse motivo diz-se que ele possui unicidade normativa.

Por ser de natureza contratual, o vínculo celetista é marcado pela bilateralidade e, por conseguinte, só admite alteração na posição jurídica do contrato com a anuência do empregado. Por outro lado, como o vínculo estatutário encontra-se disciplinado em lei, ele poderá ser alterado independentemente de concordância do servidor público. A lógica é muito simples, como o vínculo do servidor público é regulado pelo estatuto, basta uma modificação na lei para alterar as regras da relação entre o servidor e a Administração Pública. No caso do regime celetista, eventuais modificações na lei serão aplicáveis de forma unilateral somente aos **contratos futuros**.

¹⁰ Aos servidores temporários aplica-se um regime jurídico especial, previsto em lei de cada unidade da federação. Na União, este regime 8.745/1993.

Nesse contexto, em vários julgados, o STF já reconheceu que o **servidor público não possui direito adquirido à imutabilidade do regime jurídico**. Dessa forma, como toda lei é passível de modificação, é possível a modificação legal do regime jurídico inicial de um servidor público. Por exemplo, no MS 28.433 Agr/PB, o Supremo Tribunal Federal entendeu que “o servidor público não tem direito adquirido a regime jurídico, o que, consequentemente, significa que não há violação a direito quando se altera a jornada de trabalho anteriormente fixada”¹¹.

Entretanto, a mutabilidade do regime jurídico não se aplica nos casos em que o servidor já preencheu integralmente os suportes fáticos para gozar do direito. Vamos apresentar um exemplo. Suponha que uma lei outorgava ao servidor público 1% de aumento no vencimento para cada ano de efetivo serviço (adicional por tempo de serviço). Após transcorridos dez anos da vigência dessa lei, o servidor terá obtido 10% de acréscimo em seus vencimentos. Se sobrevier lei revogando o mencionado direito, o servidor não mais poderá receber aumento em sua remuneração como adicional de tempo de serviço, todavia os 10% já obtidos lhes são assegurados como **direito adquirido**. Em resumo, o regime jurídico do servidor pode ser modificado, mas os direitos dos quais ele já tenha preenchido os requisitos para gozá-los devem ser respeitados.

Por outro lado, se a mesma situação ocorresse com um empregado público, ou seja, se supostamente o regime da CLT apresentasse o adicional por tempo de serviço, modificações posteriores na CLT não alcançariam os contratos já firmados, a não ser que existisse concordância das duas partes (empregador e empregado público) para modificar o contrato de trabalho. Dessa forma, a alteração legislativa não alcançaria os contratos já firmados, a menos que os contratos fossem modificados por concordância dos envolvidos.

Outra característica do regime estatutário é a famosa **estabilidade**, que tem como finalidade aumentar a autonomia dos servidores públicos no exercício de suas funções. É por esse motivo que o regime estatutário é **obrigatório para o exercício das funções típicas de Estado**.



A partir dos ensinamentos de Gustavo Barchet, podemos apresentar o seguinte resumo das **características dos regimes estatutário e celetista**:

→ **regime estatutário:**

- a) decorre diretamente da lei, impondo alterações na situação funcional do servidor independentemente de sua anuência;
- b) prevê alguns direitos sem similar no regime celetista, que visam a conferir ao servidor um mínimo de autonomia funcional no exercício de suas funções, merecendo destaque a estabilidade;
- c) somente pode ser adotado por pessoas jurídicas de direito público;
- d) é o regime **obrigatório para as funções típicas de Estado**; e

¹¹ MS 28.433 AgR/DF.

e) é caracterizado pela pluralidade normativa, uma vez que cada ente político goza de autonomia para editar o estatuto de seus servidores;

→ regime celetista:

- a) tem como diploma legal básico a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), mas sua **fonte normativa indireta** é o **contrato de trabalho**, que só permite alterações na situação jurídica do empregado público com **expressa anuência**;
- b) não prevê qualquer direito que vise a assegurar a autonomia funcional ao empregado no exercício de suas funções, uma vez que **não impede a dispensa sem justa causa**;
- c) é caracterizado pela unidade normativa, pois tem por lei básica a CLT, aplicável a todos os entes da Federação.

Além disso, o regime celetista é predominantemente de Direito Privado, no entanto existem algumas regras de Direito Público aplicáveis, como a exigência de prévia aprovação em **concurso público**. Além disso, pelo menos no que se refere aos empregados públicos de empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, o STF entende que a demissão deve ser necessariamente **motivada**¹². Dessa forma, é até possível a **demissão sem justa causa**, mas ainda deverá ocorrer a devida motivação.

No que se refere ao juízo competente para julgar litígios entre **servidores públicos** e a **Administração Pública**, ou seja, nos casos regidos pelo vínculo **estatutário**, o STF entende que devem ser decididos na **justiça comum – Justiça Federal** para os servidores públicos federais e **Justiça Estadual** para os servidores públicos estaduais e municipais¹³. Por outro lado, os litígios envolvendo os **empregados públicos** devem ser solucionados na **Justiça do Trabalho**, em decorrência de sua *relação contratual* (CF, art. 114, I).



Acerca da ampliação da competência da justiça do trabalho promovida pela chamada reforma do Poder Judiciário (Emenda Constitucional n.º 45/2004), julgue o item a seguir.

(PGE ES - 2008) As controvérsias entre os servidores públicos estatutários e as pessoas jurídicas de direito público sobre a aplicação do respectivo estatuto passaram para a competência da justiça do trabalho.

Comentários: a Emenda Constitucional 45/2004, conhecida como Emenda da Reforma do Poder Judiciário, ampliou as competências da Justiça do Trabalho. Entretanto, a alteração gerada no art. 114, I, da CF gerou algumas polêmicas sobre a competência para julgar os litígios decorrentes do vínculo estatutário dos servidores públicos. Para entender melhor o assunto, vamos analisar o novo texto desse dispositivo:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I. as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; [...]

¹² RE 589998/PI.

¹³ ADI 3.395 DF.

Porém, quando o texto fala em “relação de trabalho”, deve ser considerado apenas o vínculo contratual, ou seja, o vínculo regido pela Consolidação das Leis do Trabalho e o contrato de trabalho, presente no caso dos empregados públicos.

No caso de relação jurídico-estatutária, a competência para julgamento é da justiça comum (Justiça Federal e Justiça Estadual, conforme o caso). Assim, a questão está errada.

Gabarito: errado.

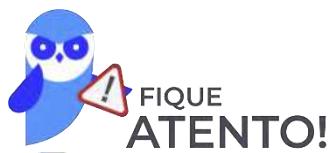
Efetividade, estabilidade e vitaliciedade

Estabilidade

A **estabilidade** é o direito de permanência no serviço público, destinado aos servidores detentores de cargo de provimento efetivo. Trata-se de uma forma de assegurar a autonomia dos servidores públicos, evitando que eles fiquem reféns de ingerências de natureza política. Além disso, a estabilidade destina-se a promover a profissionalização dos servidores públicos, por meio do desenvolvimento de carreiras.

As regras sobre a estabilidade estão disciplinadas no art. 41 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 19/1998 (Emenda da Reforma Administrativa). A redação anterior não apresentava nenhuma hipótese de exoneração do servidor por iniciativa da Administração e também era menos exigente nos requisitos para aquisição da estabilidade.

O novo texto aumentou o tempo necessário de efetivo exercício para aquisição da estabilidade de dois para três anos. Além disso, o §4º, art. 41, também acrescentado pela EC 19/1998, passou a exigir como condição para a aquisição da estabilidade, a **avaliação especial de desempenho** por comissão instituída para essa finalidade.



A Lei 8.112/1990 estabelece que a duração do **estágio probatório** é de 24 meses, enquanto a Constituição estabelece o prazo para **aquisição da estabilidade** como de 36 meses.

Dessa forma, surgiu muita divergência na doutrina a respeito do prazo de duração do estágio probatório. Posteriormente, o prazo previsto na Lei 8.112/1990 foi modificado para 36 meses por meio da MP 431/2008. Todavia, essa medida foi convertida na Lei 11.748/2008, que não acatou a mudança do prazo, ou seja, no texto da Lei 11.748/2008 permaneceu o prazo de 24 meses para o estágio probatório.

Com isso, a divergência tornou-se ainda maior, só sendo pacificada em 2010, quando o STF firmou o entendimento de que o art. 41 da Constituição Federal é autoaplicável, vinculando o prazo de estabilidade ao período do estágio probatório. Por conseguinte, automaticamente o prazo do estágio probatório foi dilatado para 36 meses com a nova redação da EC 19/1998¹⁴.

Nesse mesmo sentido, o STJ também aplicou o prazo de três anos para o estágio probatório¹⁵:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. PROCURADOR FEDERAL. PROMOÇÃO E PROGRESSÃO NA CARREIRA. CRITÉRIOS. PORTARIA PGF 468/2005.

ILEGALIDADES NÃO CONFIGURADAS. ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF. EC Nº 19/1998. PRAZO.

ALTERAÇÃO. ESTÁGIO PROBATÓRIO. OBSERVÂNCIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA

1. A fixação de critérios e diretrizes para promoção e progressão funcional por meio de atos administrativos, não é, por si, ilegal, visto que encontra amparo no disposto no art. 10 da Lei n. 8.112/1990.

2. Não atendido o requisito temporal de conclusão do estágio probatório, considerando que não verificado o interstício de 3 (três) anos de efetivo exercício da impetrante no cargo de Procurador Federal, inexiste direito líquido e certo de figurar nas listas de promoção e progressão funcional, regulamentadas pela Portaria PGF nº 468/2005. Precedente: MS 12.523/DF, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 18.8.2009. Segurança denegada. (MS 12665/DF, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2012, DJe 24/04/2013)

Apesar dessas considerações, devemos saber que o **estágio probatório** e a **estabilidade** não se confundem.

Aquele é um período de testes do servidor **no cargo**, ou seja, destina-se a avaliar a aptidão do servidor para **o cargo**, enquanto a estabilidade é adquirida no **serviço público**.

A diferença pode ser entendida com um exemplo. Pedro, servidor efetivo, adquiriu a estabilidade após preencher todos os requisitos previstos na Constituição Federal. Após isso, ele foi novamente aprovado em concurso público, para outro cargo. Nesse caso, ao tomar posse no novo cargo, Pedro será novamente submetido ao estágio probatório, uma vez que o estágio se refere ao cargo. Porém, ele já será servidor efetivo, pois a estabilidade ocorre no serviço público – ressalvando que essa estabilidade é para cada ente da federação, sendo que se ele trocar um cargo estadual por um federal, por exemplo, também não terá a estabilidade. A consequência disso é que, se Pedro reprovar no estágio probatório, terá assegurado o

¹⁴ STA 269 AgR.

¹⁵ MS 12665/DF.

retorno ao cargo anterior. Vale dizer, Pedro será exonerado do novo cargo, mas poderá retornar ao antigo cargo, uma vez que ele já possui a estabilidade.

Com efeito, outro requisito para aquisição da estabilidade é a prévia aprovação em concurso público de prova ou de provas e títulos. Dessa forma, podemos perceber que existem quatro requisitos para aquisição da estabilidade:

- a) aprovação em concurso público;
- b) o cargo deve ser de provimento efetivo;
- c) três anos de efetivo exercício;
- d) aprovação em avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

Todavia, o servidor efetivo não possui uma “blindagem” contra qualquer forma de demissão. A Constituição Federal apresenta quatro hipóteses em que o servidor estável poderá perder o cargo de forma não voluntária:

- a) sentença judicial transitada em julgado;
- b) processo administrativo com ampla defesa;
- c) insuficiência de desempenho, verificada mediante avaliação periódica, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa;
- d) excesso de despesa com pessoal, nos termos do art. 169, §4º.

As duas últimas hipóteses de perda do cargo não estavam previstas no texto original da Constituição Federal, sendo incluídas pela EC 19/1998.

Deve-se destacar que não se confunde a **demissão** com a **exoneração**. A primeira possui caráter punitivo, decorrendo de falta grave ou como efeito de sentença penal. Por outro lado, a exoneração é aplicável nos demais casos, em regra, sem caráter punitivo. Por exemplo, quando o servidor, voluntariamente, deseja parar de trabalhar na instituição, ele faz o pedido de exoneração.

Assim, as duas novas hipóteses de perda do cargo são formas de exoneração. Entretanto, parte da doutrina considera, plausivelmente, que a perda do cargo por insuficiência de desempenho possui caráter punitivo, em que pese seja realizada por exoneração. Dessa forma, não mais é correto afirmar que a exoneração nunca possui caráter punitivo, pois no caso de insuficiência de desempenho ela terá. Com efeito, a maior prova do caráter punitivo é que a própria Constituição determina que seja oportunizado a ampla defesa ao servidor. Por fim, vale lembrar que a perda do cargo por insuficiência de desempenho depende da edição de **lei complementar**, que estabelecerá as regras básicas para a avaliação.

No caso de excesso de despesa, porém, é evidente que não existe caráter punitivo, pois não decorre de nenhuma ação do servidor. De acordo com o art. 169, §4º, da CF, em caso de excesso de despesa, “*o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal*”.

A exigência de limite de despesa com pessoal encontra-se prevista no art. 169, *caput*, da CF. Tal dispositivo foi regulamentado pela Lei Complementar 101/2000, a chamada Lei de Responsabilidade Fiscal. Os limites são calculados com base na receita corrente líquida, fixados em 50% para a União e 60% para os estados e

municípios. Em seguida, a LRF estabelece limites para cada Poder (não vamos aprofundar esses limites, pois foge do campo do Direito Administrativo).

Caso algum Poder ultrapasse o limite previsto na LRF, deverá tomar as medidas para reduzir os seus gastos. Entretanto, o art. 169, §3º da Constituição estabelece regras que devem ser observadas antes da exoneração do servidor estável com a finalidade de cumprir os limites da LRF:

- a) redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;
- b) exoneração dos servidores não estáveis.

Portanto, a exoneração de servidor estável é medida de exceção, que só poderá ser tomada se as medidas acima não forem suficientes para reconduzir os gastos aos limites previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal.

O servidor estável que perder o cargo em decorrência de excesso de despesas com pessoal fará jus a indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço (CF, art. 169, §5º). Por fim, o cargo objeto da redução prevista nos parágrafos anteriores será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos (CF, art. 169, §6º).



Normalmente, só se fala na estabilidade relativa ao servidor ocupante de cargo efetivo, que foi essa que acabamos de estudar. No entanto, o art. 19 do ADCT apresentou uma outra forma de estabilidade, aplicável exclusivamente ao servidor admitido sem concurso público há pelo menos **cinco anos antes da promulgação da Constituição**. Todavia, esse servidor é estável, mas não é efetivo, e possui somente o direito de permanência no serviço público no cargo em que fora admitido, sem incorporação na carreira, não tendo direito a progressão funcional nela, ou a desfrutar de benefícios que sejam privativos de seus integrantes¹⁶.

Para encerrar, é importante lembrar que a estabilidade não se aplica aos **servidores comissionados**. Quanto aos empregados públicos, vamos fazer algumas considerações no tópico seguinte.

Empregados públicos

Muito se discute sobre a estabilidade dos empregados públicos. Na atual redação da Constituição Federal, não resta dúvida, pois **os empregados públicos, regidos pelas regras da CLT, não possuem o direito à estabilidade**.

¹⁶RE 167.635/SP.

Entretanto, o STF admite exceção quanto aos empregados públicos, admitidos por concurso público antes do advento da EC 19/1998, uma vez que a antiga redação do art. 41 se referia genericamente a servidores¹⁷. Dessa forma, a atual Constituição não mais permite a existência de empregados públicos estáveis, mas se ressalva o fato de o STF estender esse direito aos empregados públicos admitidos por concurso antes da EC 19/1998.

Efetividade

Não se deve confundir a estabilidade com a efetividade. A estabilidade, como vimos, é um direito do servidor que cumprir os requisitos constitucionais, enquanto a efetividade é um atributo do cargo público, concernente a sua forma de provimento.

Nesse contexto, vale transcrever um trecho da ementa do RE 167.635/SP¹⁸, em que o STF demonstra, de forma clara, a diferença entre efetividade e estabilidade:

Não há que confundir efetividade com estabilidade. Aquela é atributo do cargo, designando o funcionário desde o instante da nomeação; a estabilidade é aderência, é integração no serviço público, depois de preenchidas determinadas condições fixadas em lei, e adquirida pelo decurso de tempo.

Vitaliciedade

A vitaliciedade também é uma garantia de permanência no serviço público, porém aplicável somente a algumas carreiras de agentes públicos, diferenciando-se da estabilidade em razão da maior proteção que proporciona e da natureza dos cargos que ensejam sua aquisição.

Conforme vimos, a estabilidade é adquirida após três anos de exercício em cargos de provimento efetivo, garantindo a permanência do servidor público, que só poderá perder o cargo em mediante sentença judicial transitada em julgado; processo administrativo em que lhe seja proporcionado ampla defesa; por insuficiência em avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa; ou em decorrência de excesso de gastos com pessoal, observadas as regras do art. 169 da Constituição da República.

A vitaliciedade, por sua vez, garante a permanência no serviço público, só admitindo uma única hipótese de perda do cargo: sentença judicial transitada em julgado. Nessa linha, as demais hipóteses de perda do cargo não se aplicam aos ocupantes de cargos vitalícios.



¹⁷AI 480.432 AgR.

¹⁸RE 167.635/SP.

Os ocupantes de cargo vitalício só podem perder o cargo por meio de processo judicial transitado em julgado.

A Constituição Federal assegura a vitaliciedade aos membros de carreiras da magistratura, do Ministério Público e também aos ministros e conselheiros dos Tribunais de Contas.

Para os ocupantes de cargos de juiz e promotor, no primeiro grau, a vitaliciedade será adquirida após **dois anos** de exercício, sendo que nesse período a perda do cargo depende de deliberação do tribunal ao qual o juiz esteja vinculado.

Todavia, nos casos em que o agente ingressa na carreira de magistratura por meio de nomeação direta, como ocorre com os desembargadores nomeados pelo “quinto constitucional”, ou os ministros do STF ou do STJ a vitaliciedade é adquirida automaticamente no momento da posse, ou seja, não é necessário aguardar os dois anos. Acrescenta-se neste rol os ministros e conselheiros de Tribunais de Contas que não ocupavam cargos vitalícios antes de sua nomeação. Por exemplo, se um advogado for escolhido pelo Congresso Nacional para ocupar o cargo de ministro do Tribunal de Contas da União, no momento em que ele tomar posse na Corte de Contas, a vitaliciedade será adquirida.



(TCE SC - 2016) O servidor público ocupante exclusivamente de cargo em comissão adquire a estabilidade após três anos de efetivo exercício.

Comentários: a estabilidade é uma garantia dos servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo, nos termos do art. 41 da Constituição Federal: “são estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público”.

Dessa forma, o servidor que ocupa exclusivamente cargo em comissão não possui estabilidade, uma vez que seu cargo é de livre nomeação e exoneração.

Gabarito: errado.

(MDIC - 2014) Com a promulgação da CF, foram extintos os denominados cargos vitalícios, tendo sido resguardado, entretanto, o direito adquirido daqueles que ocupavam esse tipo de cargo à época da promulgação da CF.

Comentários: a Constituição Federal de 1988 não extinguiu os cargos vitalícios. Atualmente, eles são aplicáveis aos membros de carreiras da magistratura, do Ministério Público e também aos ministros e conselheiros dos Tribunais de Contas.

Nesse contexto, o art. 95, I, da CF, determina que os juízes gozam de “vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado”. O mesmo texto é repetido no art. 125, §5º, I, “a”, quanto aos membros do Ministério Público. Por fim, o art. 73, §3º¹⁹, dispõe que os “Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias,

¹⁹ A regra do art. 73, §3º, da CF, aplica-se por simetria aos conselheiros dos tribunais de contas dos estados e dos municípios.

prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça"; por conseguinte, também terão a vitaliciedade.

Gabarito: errado.

(TRE MS - 2013) Assinale a opção correta acerca das disposições gerais dos agentes públicos.

- a) É possível que um indivíduo, mesmo sem ter uma investidura normal e regular, execute uma função pública em nome do Estado.
- b) Servidor público estatutário é aquele submetido a um diploma legal específico e que ocupa cargo público da administração direta e indireta, como autarquias, fundações e empresas públicas.
- c) Os litígios que envolvam os servidores públicos estatutários e celetistas devem ser dirimidos na Justiça do Trabalho, especializada em dirimir conflitos entre trabalhadores e empregadores.
- d) Os chamados cargos vitalícios, previstos pela Constituição anterior à ora vigente, não mais subsistem. Atualmente, apenas existem os chamados cargos efetivos e cargos em comissão, também denominados na prática de cargo de confiança.
- e) Considera-se agente público aquele que exerce, mesmo que transitoriamente, cargo, emprego ou função pública, sempre mediante remuneração pelo serviço prestado.

Comentários: a alternativa A tratou dos chamados agentes de fato, que, mesmo sem ter uma investidura normal e regular, executam função pública em nome do Estado. Logo, a opção A está correta. Vejamos o erro das demais alternativas:

- b) ERRADA – de fato o servidor público estatutário é submetido a diploma legal específico (o estatuto), todavia o cargo público ocupado é somente na administração direta, nas autarquias e nas fundações públicas. Assim, não existe cargo público e nem servidor público nas empresas públicas, por isso a opção está errada;
- c) ERRADA – os litígios entre servidores estatutários e a Administração Pública devem ser solucionados na justiça comum (Federal ou Estadual, conforme o caso), enquanto os litígios dos celetistas (empregados públicos) serão resolvidos na Justiça do Trabalho;
- d) ERRADA – os cargos vitalícios persistem na atual Constituição, sendo aplicados a agentes públicos de determinadas carreiras, como os membros da magistratura, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas. A vitaliciedade é uma garantia de permanência mais forte que a estabilidade, sendo que o agente só poderá perder o cargo em decorrência de sentença judicial transitada em julgado;
- e) ERRADA – a definição de agente público é bem ampla. Muitas vezes, costuma-se adotar a definição prevista na Lei 8.429/1992, vazada nos seguintes termos:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Portanto, o conceito de agente público envolve qualquer um que venha exercer mandato, cargo, emprego ou função, ainda que sem remuneração.

Gabarito: alternativa A.

(CADE - 2014) O servidor público poderá adquirir estabilidade mesmo antes de concluir o estágio probatório.

Comentários: o atual entendimento do STF é que tanto a estabilidade quanto o estágio probatório são de três anos. Entretanto, a estabilidade é adquirida no serviço público, dentro do mesmo ente federado; enquanto o estágio probatório é realizado para verificar a aptidão para o cargo. Portanto, um servidor público poderá adquirir a estabilidade em um cargo, mas só depois realizar o estágio em um outro em que ele for aprovado por concurso público. Nessa situação, ele terá adquirido a estabilidade antes de concluir o estágio probatório. Logo, o item está correto.

Gabarito: correto.

DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AOS AGENTES PÚBLICOS

Acesso a funções, cargos e empregos públicos

Acessibilidade aos brasileiros e aos estrangeiros

O inciso I do art. 37 da CF determina que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis **aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, bem como aos estrangeiros, na forma da lei.**

Do dispositivo mencionado acima, duas situações distintas podem ser observadas. **Para os brasileiros, a regra é a ampla acessibilidade.** Dessa forma, sempre que os brasileiros preencherem os requisitos legais, poderão ter acesso aos cargos, empregos ou funções públicas.

Por outro lado, para os estrangeiros, o dispositivo é **norma de eficácia limitada**¹, ou seja, os estrangeiros só terão acesso aos cargos e empregos públicos **na forma da lei**.

Por exemplo, se um concurso público exigir a formação superior para um cargo público, todos os brasileiros com curso superior poderão ter acesso a esse cargo. Já os estrangeiros, além de possuírem o curso superior, dependerão de lei que disponha sobre o seu acesso ao mencionado cargo.

Ainda sobre esse tema, a Constituição Federal faculta às universidades admitir professores, técnicos e cientistas **estrangeiros, na forma da lei** (art. 207, § 1º). Dessa forma, no âmbito federal, a Lei 8.112/1990 consagra essa disposição ao estabelecer que “as universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica federais **poderão prover seus cargos com professores, técnicos e cientistas estrangeiros**”.

Ademais, a regra é que não exista diferenciação entre **brasileiros natos, naturalizados ou, ainda, equiparados** (CF, art. 12, § 1º²). Entretanto, a Constituição Federal reserva alguns cargos que somente podem ser ocupados por brasileiros natos³.



¹RE 544655 AgR/MG: “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ESTRANGEIRO. ACESSO AO SERVIÇO PÚBLICO. ARTIGO 37, I, DA CB/88. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que o artigo 37, I, da Constituição do Brasil [redação após a EC 19/98], consubstancia, relativamente ao acesso aos cargos públicos por estrangeiros, preceito constitucional dotado de eficácia limitada, dependendo de regulamentação para produzir efeitos, sendo assim, não autoaplicável. Precedentes. Agravo regimental a que se dá provimento”.

² Art. 12. (...) § 1º Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição.

³ A condição de brasileiro nato está definida no art. 12, I, da CF.

De acordo com a Constituição Federal, são privativos de brasileiros os cargos de (CF, art. 12, § 3º):

- Presidente e Vice-Presidente da República;
- Presidente da Câmara dos Deputados;
- Presidente do Senado Federal;
- Ministro do Supremo Tribunal Federal;
- carreira diplomática;
- oficial das Forças Armadas.
- Ministro de Estado da Defesa

Vale observar que, no STF, todos os ministros devem ser brasileiros natos e não somente o presidente. Isso porque todos os ministros do STF podem assumir a presidência do Tribunal e, por conseguinte, poderão assumir, provisoriamente, o cargo de Presidente da República. Por outro lado, no âmbito da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a vedação limita-se ao presidente da respectiva casa.

Requisitos para o acesso a cargos e empregos públicos

Voltando ao art. 37, I, da CF, o dispositivo impede que sejam estabelecidas condições ou exigências para o acesso aos cargos ou empregos públicos que não estejam previstos em lei. Portanto, os editais de concursos públicos não são instrumentos hábeis para estabelecer limitações para a participação no concurso ou para o provimento no cargo que não possuem respaldo em lei. Com efeito, a limitação também não pode decorrer de nenhum ato normativo infralegal, a exemplo dos regulamentos, instruções normativas, portarias, etc.

Além disso, o princípio da isonomia, previsto no art. 5º da Constituição Federal, veda que sejam estabelecidas formas discriminatórias para o ingresso nos cargos ou empregos públicos, a exemplo de limitações em decorrência de origem, raça, religião, etc.

Todavia, eventualmente, com base no princípio da razoabilidade – e respeitando os princípios da isonomia e da imparcialidade –, são permitidas exigências que venham a limitar o amplo acesso aos cargos ou empregos públicos, como limite de idade, sexo, altura, formação profissional, etc. Com efeito, o art. 39, § 3º, da Constituição Federal estabelece que a lei poderá estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

Assim, qualquer condição ou limitação para o acesso aos cargos, empregos ou funções públicas deve possuir **previsão em lei** e, além disso, deve respeitar os princípios da razoabilidade, isonomia e imparcialidade.

Por conseguinte, não se admite que atos administrativos venham a estabelecer restrições. Nesse sentido, a Súmula 14 do STF estabelece que “*Não é admissível, por ato administrativo, restringir, em razão da idade, inscrição em concurso para cargo público*”. Na mesma linha, a Súmula 686, também do STF, dispõe que “*Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público*”.

Vejamos alguns detalhes sobre as principais restrições ao acesso a cargos e empregos públicos.

Restrições para acesso aos cargos e empregos públicos

O art. 7º, XXX, da CF, estabelece a **proibição de diferença de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil**. Tal proibição se aplica aos servidores ocupantes de cargo público, por força do art. 39, § 3º, também da Constituição Federal. Todavia, este último dispositivo estabelece que a lei poderá estabelecer requisitos diferenciados de admissão **quando a natureza do cargo o exigir**.



No caso do **limite de idade**, o STF já firmou o seguinte entendimento por meio da **Súmula 683**:

"O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido".

Apesar de a Súmula acima abordar especificamente o limite de idade, é certo que eventual limitação também poderá ocorrer em decorrência de sexo, altura ou outras condições consideradas imprescindíveis para o desempenho das atribuições do cargo, emprego ou função. No entanto, tal limitação *sempre* dependerá de **previsão legal**, em sentido formal e material, que deverá ser justificada pela natureza das atribuições que serão desempenhadas.

Vale dizer, o **princípio da legalidade norteia os requisitos dos editais de concurso público**. Dessa forma, viola a Constituição Federal toda e qualquer restrição para o desempenho de uma função pública **contida em editais, regulamentos e portarias que não tenham amparo legal**.⁴

Não basta, todavia, a mera previsão legal. A restrição deve ainda observar o **princípio da razoabilidade e ser compatível com a natureza e as atribuições do cargo**. Portanto, exigências exageradas, que limitem indevidamente o ingresso em cargos públicos, são consideradas inconstitucionais. Não poderia, por exemplo, uma lei limitar o ingresso a determinado cargo público aos candidatos que tivessem mais de dois metros de altura, sem qualquer justificativa para isso. Certamente, tal exigência limitaria de forma desarrazoado o ingresso aos cargos públicos. Portanto, além da previsão em lei, a restrição deve ser razoável.

Da mesma forma, a exigência não pode ser genérica, justamente porque deve observar a natureza das **atribuições do cargo**. Nessa linha, o STF entendeu, em um caso bastante interessante, que era legítima a fixação de idade máxima exigida na legislação e no edital de concurso para de carreiras militares de *aspirante à oficial, sargento e soldado da polícia militar*. No entanto, a mesma exigência de idade não era legítima para o provimento do cargo de **Médico do Quadro de Oficiais de Saúde** da mesma corporação policial. O entendimento era que o cargo de médico teria natureza **eminente mente técnico-científica** **inerente às atribuições do cargo**. Logo, a justificativa da limitação de idade para aqueles cargos, que exigiam maior vigor físico, não se aplicava ao cargo de médico também da polícia militar.⁵

⁴ RE 898.450 (17.8.16.)

⁵ AI 720259 AgR; AI 486439 AgR.

Ainda tratando sobre esse tema, é firme no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que é possível a definição de limite **máximo e mínimo de idade, sexo e altura** para o ingresso na **carreira militar**, levando-se em conta as peculiaridades da atividade exercida, desde que haja *lei específica* que imponha tais restrições.⁶

Nesse contexto, no que se refere à limitação de *idade mínima*, não existe muita discussão, uma vez que a própria Lei 8.112/1990, no âmbito federal, estabelece a idade mínima de *dezento anos* para o ingresso nos cargos públicos (art. 5º, V).

Já em relação à *idade máxima*, o Supremo Tribunal Federal também vem assentando o entendimento sobre a sua possibilidade, mas sempre dependendo de previsão em lei. Nesse contexto, o STF, ao discutir a limitação de idade máxima para o ingresso em carreiras militares, em que a exigência de idade encontra-se prevista no próprio texto constitucional (art. 142, § 3º, X), entendeu que a fixação da idade máxima para a inscrição nos concursos de carreiras militares depende de **lei em sentido formal** (reserva legal), concluindo pelo descabimento de regulamentação por outra espécie normativa, ainda que por delegação legal.⁷

As **limitações de sexo** só são admitidas quando existir a devida fundamentação em **lei** e no edital do concurso. Nesse contexto, o STF entende que “a simples restrição, **sem motivação e independentemente de qualquer critério**, para afastar a participação de mulheres dos quadros da polícia militar, retira a sua admissibilidade constitucional, em face do princípio da igualdade”⁸.

A mesma regra se aplica à exigência de **altura mínima**. Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça tem como razoável que se estabeleça limite mínimo de altura para o preenchimento de cargos públicos, desde que a **natureza das atividades exercidas imponha a exigência e que haja expressa previsão legal**. Todavia, a lei deve estabelecer especificamente a altura a ser exigida, **não bastando**, para viabilizar a adoção do critério discriminatório, a exigência genérica de “*capacidade física*”⁹.

Por fim, o STF firmou posicionamento de que **os editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais em razão de conteúdo que viole valores constitucionais**.¹⁰ Ainda assim, reforça-se, que eventual limitação deveria ter amparo em lei.

Momento da comprovação dos requisitos para o cargo

A regra geral é que a **comprovação para os requisitos do cargo deve ocorrer no momento da posse**, ou seja, se o edital exigir que o candidato possua alguma formação específica, essa comprovação deverá ocorrer somente no momento da posse no cargo, e não na inscrição ou em outro momento pretérito.

⁶AgRg no RMS 41515/BA.

⁷RE 600.885/RS.

⁸RE 528.684/MS.

⁹AgRg no RMS 31.200/SC.

¹⁰ RE 898.450 (17.8.16), com repercussão geral reconhecida (Tema 838).



Nesse sentido, o STJ possui importante entendimento consolidado na **Súmula 266**:

O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público.

Portanto, a comprovação dos requisitos deve ocorrer, em regra, no momento da **posse**. Todavia, existem **duas exceções**.

A primeira delas se refere à **comprovação dos requisitos previstos para os cargos de juiz substituto e de membro do Ministério Público, que deve ocorrer no momento da inscrição no concurso**. Nessa linha, a Constituição Federal determina que o bacharel em direito deverá comprovar no mínimo três anos de **atividade jurídica para poder ingressar nessas carreiras** (CF, art. 93, I; e art. 129, § 3º). Dessa forma, o STF entende que: (a) a comprovação dos três anos de atividade jurídica pressupõe a conclusão do curso de bacharelado em direito, ou seja, não pode ser computado o tempo de experiência anterior à conclusão do curso; (b) a comprovação desse requisito deve ocorrer no momento da inscrição no concurso e não em momento posterior.¹¹

Acrescenta-se que essa mesma regra se aplica a outros cargos da área jurídica. Por exemplo, a comprovação de **dois anos** de prática forense para o ingresso nas carreiras de Defensor Público da União,¹² Advogado da União¹³ e Procurador da Fazenda Nacional¹⁴ também deve ocorrer no momento da inscrição no certame.

A segunda exceção trata da **comprovação de idade máxima estabelecida em lei**. De acordo com o STF, a **comprovação do requisito etário estabelecido na lei deve ocorrer no momento da inscrição no certame**, uma vez que é impossível se dimensionar o período que será transcorrido entre a abertura das inscrições do concurso público e sua efetiva homologação.¹⁵

Segundo entendimento do STF, é possível que um candidato de 32 anos tome posse em um cargo com exigência de idade máxima de 31 anos, por exemplo. Isso porque a comprovação de idade **deve ocorrer no momento da inscrição** e não em momento posterior (homologação, início de curso de formação, posse, exercício, etc.).



¹¹ADI 3.460/DF e MS 26.681/DF.

¹²STJ, REsp 1.676.831-AL.

¹³Lei Complementar 73/1993, art. 21, § 2º.

¹⁴Resolução 1/2002 do CSAGU.

¹⁵Nesse sentido: ARE 730.959 AgR/BA; e

A rigor, a jurisprudência do STF menciona apenas que “**a comprovação do requisito etário estabelecido na lei deve ocorrer no momento da inscrição no certame**” (vide AREs 685.870 e 758.596, citados na lista de jurisprudência desta aula), sem diferenciar a idade máxima e a idade mínima.

Isso poderia nos levar a errada interpretação de que tanto a idade máxima quanto a idade mínima deveriam ser comprovadas no momento da posse. Entretanto, pela análise dos casos que levaram a esses precedentes, nota-se que ambos tratavam da **idade máxima** para ingresso em cargo público.

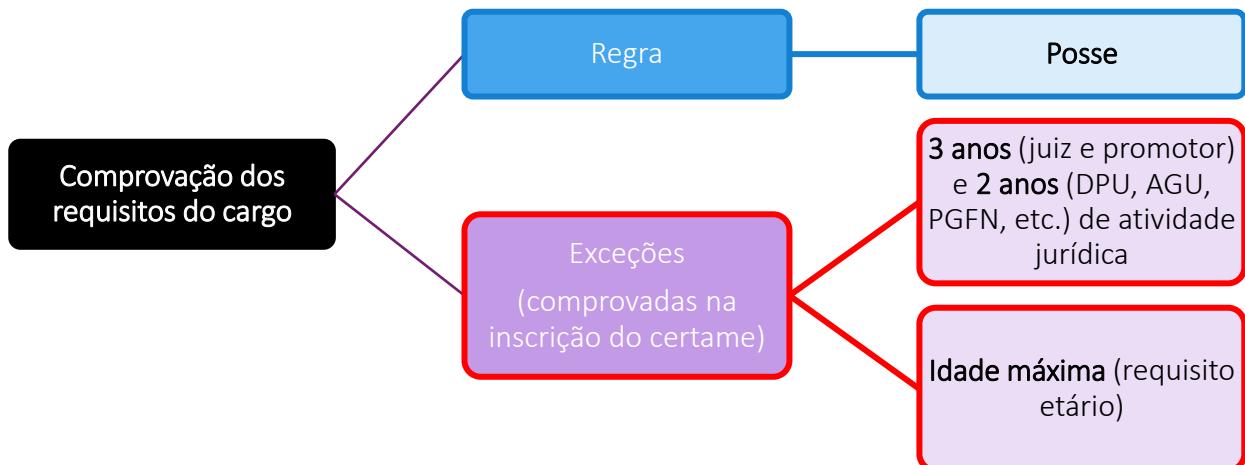
Além disso, a jurisprudência do STJ é bem mais clara quanto ao tema. Por exemplo, no RMS 48.366/AC, a primeira turma do STJ entendeu que “consoante iterativa jurisprudência do STJ e do STF, a **idade máxima** para ingresso em cargo público deve ser comprovada no momento da inscrição no certame”.

Ressalta-se, ademais, que a Lei 8.112/1990 dispõe que constitui requisito para investidura em cargo público, entre outros, a idade mínima de dezoito anos, sendo que a investidura ocorrerá com a posse (art. 5º, V, c/c art. 7º). Portanto, pelas disposições da Lei 8.112, a comprovação da idade mínima ocorrerá no momento da posse no cargo público.

É inegável, portanto, que as decisões do STF se referiam à comprovação da idade máxima; esta sim deve ocorrer na inscrição do concurso; ao passo que a comprovação da idade mínima deve ocorrer no ato da posse. Com isso, aplicar-se-á, em ambos, a regra mais favorável ao candidato ao cargo público.

Mesmo assim, ressaltamos que eventuais questões de prova podem questionar genericamente o “momento da comprovação do requisito etário”, seguindo as expressões usadas pelo STF. Nesse caso, devemos responder que a comprovação ocorrerá no ato de inscrição no concurso.

Dessa forma, o momento da comprovação dos requisitos em concursos públicos pode ser resumido da seguinte forma:



Concurso público

A doutrina ensina que o **concurso público** é um procedimento administrativo que tem o objetivo de aferir as aptidões das pessoas e selecionar os melhores candidatos ao provimento dos cargos públicos.¹⁶

Trata-se de uma consagração dos **princípios da imparcialidade/isonomia, da moralidade e da competição**. O princípio da isonomia ou igualdade é consagrado ao permitir que todos os candidatos interessados no cargo/emprego participem de uma disputa em igualdade de condições, vedando-se a utilização de critérios diferenciados para as pessoas que concorrem ao mesmo cargo e estejam nas mesmas condições. O princípio da moralidade, por sua vez, é aplicado ao se evitar perseguições ou favorecimentos pessoais, ou ainda a prática do nepotismo. Por fim, o princípio da competição representa a disputa de todos os candidatos que buscam a melhor classificação para ingressar no cargo público.

Nessa linha, para iniciar o estudo do tema, é primordial a leitura do inciso II do art. 37 da Constituição, vazado nos seguintes termos:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Dessa forma, a exigência do concurso público é a regra, excepcionada apenas nas hipóteses enumeradas na própria Constituição Federal. Essa exigência, ademais, aplica-se tanto aos cargos públicos (regime estatutário, de direito público) quanto aos empregos públicos (regime celetista, de direito privado). Logo, **até mesmo as entidades administrativas de direito privado, mesmo que exploradoras de atividade econômica, são obrigadas a realizar concurso público para o preenchimento dos seus empregos públicos.**

Por exemplo, o Branco do Brasil, que é uma sociedade de economia mista federal, é obrigado a promover concurso público para escolha dos seus empregos públicos.

Um tema bastante relevante trata do provimento de cargos nos conselhos de fiscalização de profissão (regionais ou federais), como o Conselho Federal de Medicina, o Conselho Federal de Contabilidade, os conselhos regionais de engenharia e agronomia, etc. Essas entidades são consideradas autarquias federais, ou seja, são entidades de direito público, uma vez que desempenham atividade típica de Estado, fiscalizando o exercício de atividade profissional. **Por conseguinte, o provimento dos seus cargos públicos deve ocorrer mediante concurso público.**¹⁷

Essa regra, entretanto, não se aplica à Ordem dos Advogados do Brasil, uma vez que o STF entende que a OAB possui características especiais e, portanto, não faz parte da administração pública. Consequentemente, a OAB não faz contratação de pessoal mediante concurso público.¹⁸

¹⁶ Carvalho Filho, 2017.

¹⁷ MS 28.469/DF (19.2.2013); RE 539.224/CE (22.5.2012); Rlc 19.537/RS.

¹⁸ ADI 3.026/DF



Uma dúvida muito frequente tratava do “regime de pessoal” dos conselhos de fiscalização, ou seja, se os seus agentes seriam regidos pela CLT ou por um estatuto (no caso, a Lei 8.112/1990).

De um lado, a Lei 9.649/1998 prevê o regime de CLT, motivo pelo qual quase todos os conselhos acabam contratando dessa forma. Por outro lado, a natureza autárquica e a personalidade de direito público exigiriam, por consequência, a contratação via regime estatutário.

O tema foi levado ao STF que considerou constitucional a previsão da Lei 9.649/1998, que estabelece o regime celetista para os empregados dos conselhos de fiscalização.

Logo, os conselhos possuem uma natureza especial, pois são entidades de direito público, mas que contratam os seus agentes mediante o regime da CLT.

Visto isso, vamos retornar ao conteúdo da nossa aula!

Como consequência da exigência do concurso público, não mais se admite, desde a égide da Constituição Federal de 1988, formas de provimento derivado que permitam que o servidor assuma cargo em carreira para qual ele não foi regularmente aprovado em concurso. Sobre o tema, vejamos o conteúdo da Súmula Vinculante 43 do STF:

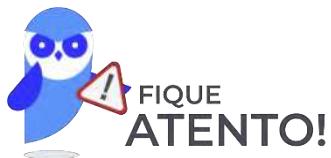
Súmula Vinculante 43 - É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

Por exemplo: imagine que Carlos prestou concurso público para um cargo de nível médio, de técnico administrativo. Após anos de serviço, ele chegou ao último nível em sua carreira. Assim, a Administração realizou um teste interno que permitiu que ele passasse a exercer outra carreira, de nível superior, sem prestar concurso público para isso. Esse tipo de conduta é proibido. Se quisesse exercer a carreira de nível superior, Carlos obrigatoriamente teria que prestar concurso público, concorrendo com todos os demais candidatos que desejarem concorrer ao cargo.

Por esse motivo, o STF declarou inconstitucionais várias formas de provimento que permitiam o ingresso em carreiras distintas daquela para o qual o servidor prestou inicialmente concurso público, como a ascensão, a transferência, a transposição, a transformação ou a ascensão funcional.¹⁹

¹⁹ RE 602.264/DF; RE 827424 AgR.

Ainda pelo mesmo motivo, o STF entende que é **inconstitucional** a conversão de cargo temporário em **permanente**, ou seja, um agente público que ingressar na Administração para o exercício de função temporária não pode “ser convertido” em servidor efetivo.²⁰



Como regra, a exigência de concurso público destina-se ao provimento de cargos e empregos públicos. Todavia, a Constituição Federal apresenta uma situação especial em que o concurso público tem o objetivo de selecionar candidatos para prestar um serviço público de natureza delegada.

Nesse contexto, a Constituição Federal dispõe que a **atividade notarial e de registro** (os famosos “cartórios”) será prestada em caráter privado, por delegação do Poder Público, cuja seleção será feita por **concurso público de provas e títulos** (CF, art. 236, § 3º).

Composição das provas

De acordo com a Constituição, o concurso público será “**de provas**” ou “**de provas e títulos**”. Logo, é possível o concurso apenas de provas, mas jamais o concurso apenas de títulos. Também não é possível um “concurso” apenas de análise curricular, entrevistas, etc.

Em geral, a legislação ou os editais do concurso é que irão estabelecer a composição do concurso. Com efeito, a Lei 8.112/1990 dispõe que o concurso poderá “ser realizado em **duas etapas**”, conforme dispuserem a lei e o regulamento do respectivo plano de carreira”. Normalmente, essa “segunda etapa” é composta por um curso ou programa de formação, de caráter eliminatório e classificatório (Decreto 6.944/2009, art. 13, § 7º).

Em alguns casos, entretanto, a própria Constituição Federal poderá fazer exigências específicas. Por exemplo, alguns concursos públicos obrigatoriamente devem ser de **provas e títulos**, por expressa exigência do texto constitucional. Estamos falando dos concursos para provimento dos cargos de *juiz substituto* (art. 93, I), *membro do Ministério Público* (art. 129, § 3º), *advogado da União e procuradores dos estados e do DF* (arts. 131, § 2º, e 132), *defensor público da União, dos territórios e do DF* (art. 134, § 1º), *profissionais da educação escolar* (art. 206, V) e *notários e registradores* (art. 236, § 3º).

Ademais, é importante esclarecer que a prova de títulos **somente poderá ter caráter classificatório, mas jamais poderá ser eliminatória**.²¹ Vale dizer: uma prova de títulos não poderá, por exemplo, eliminar o candidato que não alcançar uma pontuação mínima, uma vez que esse tipo de prova serve apenas para classificar. Um certame não poderá, por exemplo, “eliminar os candidatos que não obtiverem ao menos X pontos na prova de títulos”.

²⁰ ARE 800998 AgR;

²¹ MS 32.074 (5.11.2014).

Regras restritivas: cláusulas de barreira vs. cláusulas eliminatórias

Já vimos que um concurso público poderá ser formado por diversas etapas, incluindo provas escritas (objetiva e discursiva), exames físicos, investigação social, prova de títulos, curso de formação, etc.

Em virtude da grande quantidade de concorrentes, é cada vez mais comum o edital do concurso dispor sobre regras restritivas para o candidato avançar às fases subsequentes do certame. Essas regras restritivas subdividem-se em dois grupos:

- (i) cláusulas eliminatórias
- (ii) cláusulas de barreira.

As cláusulas ou regras eliminatórias são aquelas que impõem um “patamar fixo” para o candidato avançar às fases seguintes. São exemplos a exigência de pontuação mínima na prova objetiva (por disciplina, por grupo de disciplina ou na prova como um todo), ou uma pontuação mínima na prova discursiva ou ainda índices mínimos no exame físico (correr “tantos metros em tanto tempo”, fazer “tantas flexões na barra”, etc.).

Assim, nas cláusulas eliminatórias, o candidato é eliminado por insuficiência de desempenho em algum dos aspectos do concurso. Nesse caso, não interessa para o candidato o desempenho dos seus concorrentes, mas apenas o seu próprio desempenho.

Por outro lado, as cláusulas de barreira estabelecem um “limite de candidatos” que poderão seguir no certame, para as etapas subsequentes, entre aqueles que não foram eliminados pelas cláusulas eliminatórias.

Vale dizer, a cláusula de barreira não é um índice fixo nem uma pontuação mínima a se alcançar. Trata-se de estabelecer um limite de concorrentes, entre os mais bem classificados, que poderão participar das etapas seguintes. **Em outras palavras, o edital estabelecerá um “ponto corte” entre os concorrentes que não foram eliminados pelas cláusulas eliminatórias.**

Por exemplo, imagine que o edital determinou que a pontuação mínima para não ser eliminado na prova objetiva é de 70 pontos. Além disso, o mesmo edital estabeleceu que apenas os 100 primeiros colocados, entre os que obtiverem a pontuação mínima, terão a prova discursiva corrigida, sendo que todos os candidatos que não tiverem a redação corrigida estarão desclassificados do concurso. Imagine que 300 candidatos conseguiram alcançar a pontuação mínima. Ou seja, 300 concorrentes superaram a cláusula eliminatória. Todavia, apenas os 100 primeiros destes poderão seguir no concurso, já que a cláusula de barreira limitou a 100 o número de redações corrigidas, desclassificando todos os concorrentes que estavam entre as posições 101 e 300.

É muito comum estabelecer cláusulas de barreiras para a correção de discursiva, participação de exame físico e psicotécnico ou até mesmo para ingressar em curso de formação.

Note que, diferentemente do que ocorre na regra eliminatória, na cláusula de barreira é importante se preocupar com o desempenho dos concorrentes, uma vez que a classificação do candidato passa a ser um fator decisivo.

O STF admite a utilização das cláusulas eliminatórias e de barreira. Segundo a Suprema Corte, “as regras restritivas em editais de concurso público, como as regras eliminatórias e as denominadas cláusulas de barreira, quando estão fundadas (e assim justificadas) em critérios objetivos relacionados ao desempenho meritório do candidato, concretizam o princípio da igualdade (e também o princípio da imparcialidade) no âmbito do concurso público”.²²

Exame psicotécnico

Conforme vimos acima, a Súmula Vinculante 44 do STF dispõe que “só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público”.

Além disso, a jurisprudência do STF tem exigido, para a realização de exames psicotécnicos, a previsão em lei formal e um grau mínimo de objetividade, rigor científico e critérios explícitos (isto é, não sigilosos), permitindo que o candidato possa identificar claramente as conclusões que eventualmente lhe tenham sido desfavoráveis, bem como permitir o acesso do Poder Judiciário para a verificação de lesão de direito no uso de tais critérios.²³ Além da previsão legal e da objetividade, exige-se que seja prevista a possibilidade de recurso administrativo em relação ao resultado do exame.²⁴



Em resumo, são quatro as condições para que a exigência de exame psicotécnico seja válida:

- ✓ previsão em lei e no edital;
- ✓ compatibilidade com as atribuições normais do cargo;
- ✓ o exame deve possuir um grau mínimo de objetividade, havendo rigor científico e critérios explícitos;
- ✓ possibilidade de recurso.²⁵

Exceções a exigência de concurso público

A regra é a realização do concurso público, no entanto a Constituição Federal apresenta uma série de situações em que a contratação não dependerá de prévia realização de concurso público.

De início, vale lembrar que o inciso II do art. 37 exige a realização de concurso para o provimento “investidura em cargo ou emprego público”. Logo, não há a mesma exigência para ingresso em mera função pública, como a função temporária. Feita essa análise inicial, vamos analisar as exceções à exigência do concurso público.

²² RE 635.739 (3.10.2014).

²³ AI 529.219 AgR/RS.

²⁴ RE 188.234/DF.

²⁵ Entendimento semelhante também consta na Súmula Administrativa AGU 35/2008: “O exame psicotécnico a ser aplicado em concurso público deverá observar critérios objetivos, previstos no edital, e estará sujeito a recurso administrativo.”

Dessa forma, as duas principais exceções à exigência do concurso público são:

- a) **cargos em comissão**: essa exceção consta no próprio art. 37, II, que excepciona “as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”;
- b) **função temporária**: o art. 37, IX, da CF prevê a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Nesse caso, não há exigência de concurso público. No entanto, em observância ao princípio da impessoalidade, em geral os órgãos e entidades públicos costumam realizar um **processo seletivo simplificado**. Em situações de urgência, emergência ou de calamidade pública, todavia, nem mesmo o processo seletivo simplificado será realizado, tendo em vista que o interesse público exige a contratação célere, em detrimento da realização do processo de seleção.

Cumpre observar, ademais, que outras situações também não exigem a realização de concurso público, vejamos:

- c) **cargos eletivos**: como os cargos de prefeitos, governadores, Presidente da República, senadores, deputados, etc.;
- d) **ministros de tribunais superiores, ministros do TCU e conselheiros de tribunais de contas**: os ministros de tribunais superiores (STF, STJ, STM, TST, TSE), os ministros do Tribunal de Contas da União e os conselheiros dos tribunais de contas estaduais (e “dos municípios”) são indicados politicamente,²⁶ seguindo regras descritas na Constituição Federal;
- e) **quinto constitucional**: de acordo com a CF, **um quinto dos lugares** dos TRFs e dos TJs será composto de membros do **Ministério Público** e de **advogados** (conforme exigências e rito previsto na Constituição)²⁷;
- f) **ex-combatentes**: ao ex-combatente que tenha **efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial**, assegura-se o direito ao **aproveitamento no serviço público, sem a exigência de concurso, com estabilidade** (ADCT, art. 53, I);
- g) **ACSS e ACEs**: os agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias são contratados mediante “**processo seletivo público**” (não confunda com “processo seletivo simplificado”). Na prática, é algo semelhante a um concurso público, no entanto o constituinte (CF, art. 198, § 4º) preferiu chamar de “processo seletivo público”.

Além dos casos acima, é importante destacar algumas situações que não dependem da realização de concurso, mas no nosso ponto de vista não representam “exceções”. Na verdade, são situações em que o concurso **não é realizado pelo simples fato de as entidades não integrarem a Administração Pública**. Logo, não se enquadram na regra transcrita no art. 37, II, da Constituição Federal.

²⁶ Apesar de a indicação seguir um rito político, algumas restrições são impostas a todos esses membros, principalmente quanto aos conselheiros dos tribunais de contas, uma vez que o STF já se pronunciou que a eles aplica-se a súmula vinculante 13 (vedação ao nepotismo), considerando, naquele momento, que os cargos seriam de natureza administrativa. Ainda assim, a indicação independe de concurso público. (Rcl 6.702 AgR-MC (4.3.2009).

²⁷ Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sétupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.

Muito se discutiu se haveria necessidade de realizar concurso público para as contratações no âmbito dos serviços sociais autônomos, integrantes do chamado *Sistema "S"* (Sesi, Senai, Senac, etc.), uma vez que tais entidades recebem recursos públicos recolhidos compulsoriamente do setor produtivo. **Ao final, o STF firmou posicionamento de que os serviços sociais autônomos integrantes do denominado Sistema "S" não estão submetidos à exigência de concurso público para contratação de pessoal.²⁸**

Na mesma linha, o STF também entendeu que as organizações sociais, que também não fazem parte da Administração Pública, não se submetem a exigência de concurso público. Contudo, a seleção de pessoal pelas organizações sociais deverá ser conduzida de **forma pública, objetiva e imparcial**, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade.²⁹

Por fim, também vale relembrar o caso da Ordem dos Advogados do Brasil, que a despeito de realizar a fiscalização de atividade profissional, não integra a Administração Pública e, por isso, também não precisa realizar concurso público para a contratação de seus funcionários.³⁰

Prazo de validade do concurso

O prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período (CF, art. 37, III).

O prazo de validade corresponde ao período em que a Administração poderá nomear ou contratar os aprovados no concurso. Fora deste período, as nomeações ou contratações serão nulas. Inclusive a Constituição Federal determina que a não observância do disposto nos incisos II (regra do concurso público) e III (prazo de validade do concurso) implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei (CF, art. 37, § 2º).

Com efeito, o prazo conta da data da homologação do certame, que é o ato da Administração que encerra o concurso público e atesta a lisura do procedimento.

A regra sobre o prazo de validade do concurso demanda um certo cuidado na interpretação. O primeiro ponto é que o prazo será de “**até dois anos**”. Logo, nada impede que a Administração lance edital de concurso com validade de um ano, dezoito meses, três meses, etc. Quem definirá o prazo inicial do concurso será a Administração, discricionariamente, por intermédio do edital do concurso. Só não poderá estabelecer um prazo inicial de mais de dois anos.

Por outro lado, a prorrogação do concurso terá o mesmo prazo da vigência inicial do concurso.³¹ Logo, se o prazo de validade inicial foi de seis meses, a eventual prorrogação também será de seis meses. Se o prazo inicial foi de um ano, a prorrogação também será de um ano. Por fim, se o Poder Público lançou concurso com prazo de validade de dois anos, a prorrogação também terá dois anos.

²⁸ RE 789.874 (17.9.2014) – com repercussão geral (Tema 569). ADI 1864 (2.5.2008).

²⁹ ADI 1.923/DF (16.4.2015).

³⁰ ADI 3.026/DF (8.6.2006).

³¹ Carvalho Filho, 2017 (p. 684).

Contudo, é importante ficar claro que a prorrogação é decisão discricionária. Portanto, cabe o juízo de conveniência e oportunidade quanto prorrogar, ou não, a validade do certame.³²

Por fim, a prorrogação deve ocorrer dentro do prazo de validade inicial do concurso.³³ Logo, se o prazo de vigência inicial venceu, a Administração não poderá mais prorrogar o concurso. Imagine, por exemplo, que um edital de concurso trouxe a previsão de validade de um ano, prorrogável por igual período. Considere ainda que o concurso foi homologado em janeiro de 2017. Nesse caso, a Administração terá até janeiro de 2018 para prorrogar o certame. Se “deixar passar” o prazo, não poderá mais prorrogar o concurso em fevereiro.

Direito à nomeação

Um ponto muito interessante a se discutir é sobre o direito do candidato aprovado em concurso público de ser nomeado. Há poucos anos, a nomeação era tratada como ato administrativo discricionário, na qual a autoridade competente, por meio de seu juízo de conveniência e oportunidade, poderia decidir se nomeava ou não o candidato aprovado em concurso público.

Todavia, nos últimos anos, esse entendimento sofreu importantes modificações. Atualmente, é firme o entendimento de que o candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas no edital, possui direito subjetivo à nomeação.³⁴

Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal entende que a regra é a nomeação do candidato aprovado dentro das vagas previstas em edital, afastando-se tal dever apenas em situações *excepcionalíssimas*, que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Assim, para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja *superveniente, imprevisível, grave e necessária*.

Em relação ao direito dos candidatos aprovados **fora do número de vagas**, o STF entende que, em regra, **não há direito subjetivo** à nomeação.

Entretanto, há duas situações em que o candidato aprovado fora das vagas ganha o direito de ser nomeado.

A primeira é se houver **preterição da ordem de classificação**. É o que dispõe a Súmula 15 do STF: “dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”. Seria o caso de um servidor aprovado em terceiro lugar, e que não foi nomeado, enquanto a administração nomeou o décimo colocado.

³² Ressalta-se que, excepcionalmente, o STF já entendeu não ser razoável deixar de prorrogar o concurso público em situação na qual foram criadas novas vagas e existia ato do Poder Público determinando o aproveitamento dos candidatos aprovados em concurso vigente. Note que se tratava de uma situação excepcional, em que a necessidade de nomeação era conhecida, motivo pelo qual não haveria justificativa para simplesmente não prorrogar o certame (RE 581.113). Ressalta-se, porém, que prevalece o posicionamento de que a decisão por prorrogar o concurso é discricionária.

³³ RE 352.258 (27.4.2004) e AI 452.641 AgR (30.9.2003).

³⁴ RE 598099/MS (10.8.11), com repercussão geral (Tema 161).

O segundo caso ocorre quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração.

Vamos explicar esse caso um pouco melhor! Segundo o STF, a preterição arbitrária e imotivada de candidatos ocorre quando o Poder Público passa a adotar um comportamento tácito e expresso que demonstre a necessidade de nomeação de novos servidores, durante o prazo de validade de concurso anterior.³⁵

Por exemplo: João presta um concurso público em 2017, com validade de dois anos, e fica no cadastro de reserva. Porém, surgem novas vagas para o órgão para o qual João prestou concurso e o presidente da unidade solicita orçamento e determina a abertura dos procedimentos para realizar um novo concurso público ainda em 2018, alegando para isso a situação caótica do órgão pela falta de servidor. Porém, o presidente do órgão fica “esperando” passar a validade do concurso anterior, com o único objetivo de nomear os aprovados do novo concurso. Isso é a tal “preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada”.



Direito à nomeação

| | |
|---------------------------|---|
| Aprovado dentro das vagas | <ul style="list-style-type: none">■ Sim (regra)■ Salvo se: surgir uma situação superveniente, imprevisível e grave em que a <u>não</u> nomeação seja de fato necessária. |
| Aprovado fora das vagas | <ul style="list-style-type: none">■ Não (regra)■ Salvo se:<ul style="list-style-type: none">1 – não for observada a ordem de classificação do concurso (Súmula 15 do STF);2 – surgirem novas vagas ou for aberto novo concurso durante a validade do concurso anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração (RE 837.311). |

Agora, vamos imaginar uma nova situação. Carlos foi aprovado em concurso público dentro das vagas do edital. No entanto, o concurso venceu e a Administração, sem qualquer justificativa, não realizou a sua nomeação. Por esse motivo, Carlos ingressou com ação judicial, sendo que, depois de quatro anos do vencimento do concurso, o Poder Judiciário determinou a sua imediata nomeação.

Dois aspectos surgem sobre esse tema: (i) *Carlos poderia ter sido nomeado, por força de decisão judicial, após o prazo de validade do concurso?* A resposta é **SIM**, uma vez que, neste caso, Carlos já tinha o direito de ser nomeado ainda durante o prazo de vigência do concurso. Interpretação diferente disso inviabilizaria a nomeação e a posse quando a Administração descumprisse o dever de nomear os candidatos aprovados dentro das vagas do certame.

³⁵ RE 837.311.

A segunda questão é bem mais relevante e complexa: (ii) *Carlos teria o direito à indenização correspondente aos pagamentos que deixou de receber em virtude da nomeação tardia?* A resposta é **NÃO** (pelo menos em regra). Segundo o STF, na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus a indenização, sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante.^{36, 37}



Conforme vimos acima, em regra, a nomeação tardia não gera efeitos retroativos. Logo, o candidato empossado tardiamente, por meio de decisão judicial, não possui direito à indenização por pagamentos retroativos que teria percebido se houvesse sido nomeado na data correta.

Contudo, em alguns casos, o Judiciário poderá determinar a nomeação com eficácia retroativa. Nesse caso, o candidato nomeado perceberá as remunerações retroativas em forma de indenização. Conforme vimos, para isso, há que se demonstrar a “arbitrariedade flagrante”. No entanto, o STF firmou posicionamento, recentemente, no sentido de que: “a nomeação tardia de candidatos aprovados em concurso público, por meio de ato judicial, à qual atribuída eficácia retroativa, **não gera direito às promoções ou progressões funcionais que alcançariam houvesse ocorrido**, a tempo e modo, a nomeação”.³⁸

Pense novamente no nosso exemplo anterior: Carlos teria direito às promoções que teria alcançado se a nomeação tivesse sido realizada na data “correta”? A resposta é **NÃO**, uma vez que outros requisitos legais poderiam ser exigidos para fins de promoção, como por exemplo eventual aprovação em estágio probatório (que Carlos teria que realizar desde o começo). Nesse caso, portanto, Carlos ingressará no início da carreira.

Contratação Temporária

Em regra, a contratação de pessoal para desempenhar as atividades administrativas deve ocorrer mediante concurso público, de provas ou de provas e títulos. No entanto, a Constituição Federal assegura algumas

³⁶ RE 724.347 (26.2.2015), com repercussão geral: tema 671.

³⁷ Ressalva-se que o STF já reconheceu é cabível o direito à indenização por danos materiais “nos casos em que a demora na nomeação de candidatos aprovados em concursos públicos, quando o óbice imposto pela Administração Pública é declarado constitucional pelo Poder Judiciário” (RE 339.852 AgR, 26-4-2011).

³⁸ RE 629.392 (8.6.2017), com repercussão geral: tema 454.

exceções, como os cargos em comissão e a contratação temporária. Interessa-nos, neste momento, estudar o segundo caso: a contratação temporária.

Nesse contexto, a contratação de agentes temporários está disciplinada no artigo 37, IX, da Constituição da República, nos seguintes termos:

Art. 37. [...] IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

Em primeiro ponto, deve-se destacar que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento, por meio de repercussão geral (RE 658.026/MG), de que o dispositivo do art. 37, IX, por se tratar de situação excepcional, em detrimento da regra do concurso público, **deve ser interpretado restritivamente**. Assim, a regra do concurso prevalece sobre a exceção da contratação temporária, de forma que ao se interpretar o dispositivo do art. 37, IX, deve aplicar um entendimento restrito, em favorecimento ao dever de contratar mediante concurso público.



Segundo o STF, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que:

- a) os casos excepcionais estejam **previstos em lei**;
- b) o **prazo** de contratação seja **predeterminado**;
- c) a **necessidade** seja **temporária**;
- d) o interesse público seja **excepcional**;
- e) a necessidade de contratação seja **indispensável**, sendo **vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes** do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração.

Conforme se observa acima, veda-se a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado (como, por exemplo, a prestação de serviços públicos de educação e saúde). Contudo, **não** se trata de uma **vedação absoluta**. Dessa forma, é possível a contratação temporária, em casos excepcionais, ainda que se trate de atividade permanente do Estado. Assim, desde que se trate de uma situação **transitória** e **excepcional**, na qual a contratação se configure **premente**, poderá ocorrer a contratação temporária. Para isso, há que existir uma **situação fática** previamente descrita em lei, e que não decorra de mero descaso da Administração Pública (como por exemplo, deixar propositalmente de realizar concursos públicos).

Com efeito, a contratação temporária deverá estar disciplinada em lei, de cada ente da Federação. Assim, não existe uma lei de normas gerais aplicável indistintamente a todos os entes da Federação. Dessa forma, cada estado, município ou ainda a própria União deve dispor de **lei própria**, disciplinando os casos em que está autorizada a contratação temporária. Por exemplo, na União, foi editada a Lei 8.745/1993, que dispõe sobre a contratação por tempo determinado no âmbito da Administração Pública Federal.

A legislação, ademais, deverá estabelecer situações fáticas em que se poderá adotar a contratação temporária, considerando-se **inconstitucional** lei que institua hipóteses **abrangentes e genéricas** de contratações temporárias sem concurso público e tampouco especifique a contingência fática que evidencie situação de emergência (STF, Informativo 742)³⁹.

Um ponto bastante relevante é que o pessoal contratado por regime temporário não ocupa cargo público, mas mera **função pública** (a denominada *função autônoma*, uma vez que não se encontra vinculada a qualquer cargo ou emprego público). Assim, eles não ocupam cargo público, como ocorre com os servidores efetivos e comissionados, nem tampouco ocupam emprego público, mas apenas função pública.

Da mesma forma, eles não se submetem ao regime jurídico único, aplicável somente aos ocupantes de cargos públicos, nem mesmo ao regime celetista, aplicável aos empregados públicos. Assim, denomina-se o regime aplicável aos agentes públicos temporários de **regime especial**.

Contudo, o vínculo formado entre os agentes temporários e a Administração Pública ocorre por meio de um contrato. Porém, esse contrato não configura a aplicação do regime celetista, uma vez que é um contrato de direito público.



A despeito de o vínculo entre o agente temporário e a Administração Pública ocorrer por meio de um contrato, a ele não se aplica o regime celetista nem o regime jurídico único, mas apenas um regime especial. Ademais, o contrato firmado possui natureza de direito público (jurídico-administrativa).

Ainda por esse motivo, a lide envolvendo agente temporário e a Administração Pública deverá ser solucionada no âmbito da **Justiça Comum, federal ou estadual⁴⁰**, conforme o caso. Dessa forma, a Justiça do Trabalho é incompetente para atuar no julgamento de causas entre os agentes temporários e o Poder Público, dada a natureza jurídico-administrativa do regime.

Além disso, o regime de previdência aplicável aos agentes públicos contratados por tempo determinado é o regime geral de previdência social (RGPS).

³⁹ Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo742.htm#Contratação temporária de servidor público sem concurso - 1](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo742.htm#Contratação%20temporária%20de%20servidor%20público%20sem%20concurso%20-%201)

⁴⁰ Nesse sentido, vide: RE 573.202/AM, julgado em 21/8/2008; ou ainda a Rcl 4464/GO, julgada em 20/5/2009: “1. **Incompetência da Justiça Trabalhista para o processamento e o julgamento das causas que envolvam o Poder Público e servidores que sejam vinculados a ele por relação jurídico-administrativa.** 2. O eventual desvirtuamento da designação temporária para o exercício de função pública, ou seja, da relação jurídico-administrativa estabelecida entre as partes, não pode ser apreciado pela Justiça do Trabalho. 3. Reclamação julgada procedente.”

Por fim, salienta-se que o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido aos agentes temporários os direitos sociais constantes no art. 7º da Constituição Federal, como férias e gratificação natalina, especialmente quando o contrato é sucessivamente renovado.⁴¹

Conforme já observado, no âmbito federal, a contratação por tempo determinado é disciplinada pela Lei 8.745/1993. A despeito de a norma aplicar-se unicamente à União, é uma excelente referência (como de costume com as normas federais) para a legislação dos demais entes.

Nessa linha, a Lei 8.745/1993 define as situações consideradas como necessidade temporária de excepcional interesse público, como, por exemplo, “assistência a situações de calamidade pública”; “assistência a emergências em saúde pública”; “realização de recenseamentos e outras pesquisas de natureza estatística efetuadas pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE”; “combate a emergências ambientais, na hipótese de declaração, pelo Ministro de Estado do Meio Ambiente, da existência de emergência ambiental na região específica”; etc.

Além disso, a Lei dispõe que o recrutamento de pessoal temporário prescinde de concurso público, devendo ser realizado, como regra, mediante processo seletivo simplificado, sujeito a ampla divulgação.

Contudo, o processo seletivo estará **dispensado** quando a necessidade temporária decorrer de calamidade pública, de emergência ambiental e de emergências em saúde pública. Ademais, a contratação de professor visitante poderá ocorrer mediante **análise curricular** que demonstre a notória capacidade técnica ou científica do profissional.

Por fim, ainda sobre as noções básicas da Lei 8.745/1993, o seu art. 4º fixa os **prazos máximos** de contratação, variando, conforme o caso, de seis meses a quatro anos, admitindo-se, com algumas especificações, prorrogações.



(DPU - 2016) Os servidores contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público e os empregados públicos classificam-se, em virtude da ausência de estabilidade, em servidores temporários.

Comentários: existem diversas classificações para os servidores públicos. Porém, em nenhuma delas os empregados públicos são enquadrados como servidores temporários, pois a ausência de estabilidade não representa uma situação transitória, mas apenas que o regime aplicável é o celetista, que tem como uma das características a possibilidade de demissão com ou sem justa causa.

Assim, seguindo a classificação de Hely Lopes Meirelles, os agentes administrativos dividem-se em:

⁴¹ Nesse sentido, vide ARE 676.665 AgR-ED-AgR/PE, julgado em 26/5/2015; ARE 681.356 AgR/MG, julgado em 28/8/2012; ARE 663.104 AgR/PE, julgado em 28/2/2012; e AI 767024 AgR/PE, julgado em 13/3/2012, esse último nos seguintes termos: “1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que é devida a extensão dos direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal a servidor contratado temporariamente, nos moldes do art. 37, inciso IX, da referida Carta da República, notadamente quando o contrato é sucessivamente renovado.”

(i) servidores públicos – são os chamados servidores estatutários ou servidores públicos em sentido estrito, que podem ocupar cargo de provimento efetivo ou em comissão;

(ii) empregados públicos – são os titulares de emprego público, contratados sobre o regime da legislação trabalhista;

(iii) servidores temporários - contratados com base no art. 37, IX, da CF, por tempo determinado para “atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

Portanto, os empregados públicos e os servidores temporários representam classificações distintas dos agentes administrativos.

Gabarito: errado.

(PRF - 2012) Integram a categoria dos agentes administrativos aqueles que são contratados temporariamente para atender a uma necessidade temporária de excepcional interesse público.

Comentários: doutrinariamente, os agentes públicos possuem diversas classificações, entre as quais, segundo Hely Lopes Meirelles, podemos identificar o conjunto dos agentes administrativos. Eles constituem a grande massa de trabalho das administrações direta e indireta, dividindo-se em: (i) servidores públicos (também chamados de servidores estatutários ou servidores em sentido estrito); (ii) empregados públicos (também chamados de servidores empregados ou servidores celetistas); (iii) servidores temporários.

Os servidores temporários são aqueles contratados com base no art. 37, IX, da CF, por tempo determinado para “atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”. Portanto, podemos afirmar que eles se inserem na categoria dos agentes administrativos, conforme informado na questão.

Gabarito: correto.

Acumulação remunerada de cargos públicos

A Constituição Federal dispõe que, em regra, é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos (CF, art. 37, XVI). Portanto, normalmente, um agente público não poderá exercer mais do que um cargo público remunerado.

Teoricamente, a vedação trata apenas de cargos “remunerados”. Porém, sabemos que, na prática, são raros os casos de prestação gratuita de serviços públicos. Ademais, as situações conhecidas de prestação gratuita não são exatamente de “cargos públicos”. Um exemplo é o exercício da atividade de mesário eleitoral. Esse é um serviço gratuito. Nesse caso, nada impede que um agente público ocupe um cargo público efetivo e, adicionalmente, seja convocado para a atividade de mesário eleitoral. Como esta última não é remunerada, não haverá ofensa à vedação à acumulação.

Além disso, a vedação à acumulação tem um sentido amplo. Nessa linha, a Constituição estabelece que:

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

Dessa forma, a vedação à acumulação tem o seguinte alcance:

- (i) trata dos cargos, empregos e funções públicos;
- (ii) alcança toda a administração pública (direta e indireta), incluindo as subsidiárias e sociedades controladas.⁴²

Ademais, também é importante perceber o seguinte: a vedação trata de acumulação de cargos, empregos e funções **públicos**. Não há vedação, por outro lado, para que alguém ocupe um cargo público com um ou mais empregos privados. Por exemplo: alguém pode ter um cargo de professor na rede pública de ensino, todos os dias da semana, pela manhã. E ocupar empregos privados em escolas particulares, durante a tarde. Essa pessoa poderia ter um, dois, três ou mais empregos privados, desde que os vínculos estejam de acordo com a legislação. Assim, a vedação “à acumulação de cargos” não impede, por si só, que alguém exerça empregos particulares.⁴³

Porém, a vedação à acumulação não é absoluta, uma vez que a própria Constituição Federal prevê exceções. Todavia, é preciso ficar claro que somente a Constituição Federal é capaz de excepcionar a vedação à acumulação, ou seja, a legislação infraconstitucional (leis complementares, leis ordinárias, regulamentos, etc.) não pode criar exceções novas.

Além disso, o texto do art. 37, XVI, da CF, dispõe que, na acumulação, será “**observado em qualquer caso o disposto no inciso XI**”. Esse inciso trata do teto constitucional remuneratório. Nesse caso, sempre surgiu muita dúvida sobre qual o sentido dessa disposição. Após muita discussão, o STF fixou entendimento de que:⁴⁴

Nos casos autorizados, constitucionalmente, de acumulação de cargos, empregos e funções, a incidência do artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal, **pressupõe consideração de cada um dos vínculos formalizados**, afastada a observância do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público”.

Assim, entende-se que, no caso de acumulação, o valor da remuneração de cada cargo será analisado individualmente. Não haverá o confronto com o teto pela soma dos dois cargos. Por exemplo: imagine que o texto constitucional seja de R\$ 40 mil. Considere que um médico ocupa dois cargos públicos, recebendo R\$ 25 mil em um e R\$ 20 mil no outro. Analisando cada um dos cargos, ele estará “dentro do teto”. Porém, somando os dois valores, teremos um total de R\$ 45 mil, ou seja, a soma ficaria acima do teto. Porém, nesse caso, o STF entende que não houve violação ao teto, pois o valor a ser analisado é o de cada cargo, individualmente. Assim, ele estará dentro do teto tanto no primeiro (25 mil) como no segundo (20 mil) cargo público.

⁴² Não há consenso na doutrina se as subsidiárias e entidades controladas fazem parte da administração pública. Por isso, nesta aula, não vamos entrar na discussão sobre esse tema. Primeiro porque o assunto foge ao objeto desta aula; segundo porque seria uma discussão desnecessária, justamente porque não é um tema pacífico. Para fins de prova, apenas lembre-se, então, que a vedação alcança as subsidiárias e entidades controladas.

⁴³ Em alguns casos, podemos observar **normas específicas** sobre **conflito de interesses** ou outras **vedações especiais para que um servidor público** desempenhe atividades privadas. Por exemplo: não seria interessante um auditor-fiscal trabalhando em empresas privadas que ele próprio fiscaliza. Porém, essas seriam “regras especiais”, que fogem do conteúdo desta aula. Por isso, considerando apenas às regras sobre acumulação, não haveria impedimento para desempenhar empregados privados. Todavia, cada caso, “no mundo real”, poderá ter alguma particularidade.

⁴⁴ REs 602043 e 612975, julgamento em 27/4/2017.

Porém, tome cuidado com pegadinhas! Se a questão pergunta se precisa observar o teto, a resposta é sim! Veja, a própria Constituição dispõe que a acumulação observará, em qualquer caso, o dispositivo do teto constitucional. Porém, a “forma” como analisamos o teto é individual, considerando a remuneração de cada cargo, sem somar.

Logo, podemos dizer que a acumulação deverá observar o teto constitucional remuneratório, mas considerando a remuneração de cada cargo, individualmente.

Outra observação é que a Constituição Federal cria exceções, porém somente admitindo o exercício de, no máximo, dois cargos, empregos ou funções. Assim, **não existe possibilidade de acumulação de três ou mais cargos.**

Bom, vamos compreender quais são as exceções nas quais a acumulação é admitida.

A primeira regra é que a acumulação, para que seja possível, deverá atender à **compatibilidade de horários**. Por exemplo: um servidor público poderá ocupar um cargo efetivo de professor pela manhã, e outro cargo público efetivo de professor pela tarde. Nesse caso, há compatibilidade de horários, ou seja, o horário do desempenho de um cargo não coincide com o outro.

Nesse caso, a **compatibilidade de horários independe da quantidade de horas**. Já houve entendimento de que haveria uma carga horária máxima, mas esse posicionamento foi superado. Assim, atualmente, o STF entende que basta que exista compatibilidade de horário, independentemente da quantidade de horas.

Sobre o caso, o STF firmou a seguinte tese com repercussão geral (Tema 1081):

As hipóteses excepcionais autorizadoras de acumulação de cargos públicos previstas na Constituição Federal sujeitam-se, unicamente, a **existência de compatibilidade de horários, verificada no caso concreto, ainda que haja norma infraconstitucional que limite a jornada semanal**.

Por exemplo: um médico pode ter 30 horas semanais em um cargo municipal e 35 horas semanais em um cargo estadual. Suponha que o cargo municipal seja desempenhado das 7h às 12h, de segunda a sábado (30 horas / semana) e o cargo estadual seja desempenhado das 13h às 20, de segunda a sexta (35 horas / semana). Assim, mesmo sendo uma carga horária elevada, ela tem compatibilidade e, por isso, poderá ocorrer a acumulação.

Porém, somente a compatibilidade de horários não é suficiente! Além disso, a acumulação deverá observar as situações autorizadas na Constituição Federal. Nesse contexto, é admitida a acumulação nos seguintes casos:

- (i) dois cargos de professor;**
- (ii) um cargo de professor com outro técnico ou científico;**
- (iii) dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.**

Vamos entender esse negócio!

No primeiro caso, é muito simples: o servidor poderá, por exemplo, ocupar um cargo de professor em uma escola pública do ensino fundamental pela manhã e outro em uma instituição pública de ensino superior pela tarde.

O segundo caso é um pouco mais complexo. Aqui, temos a acumulação de **um cargo de professor** com outro cargo, que seja considerado **técnico ou científico**. Perceba que essa regra não permite a acumulação de um cargo técnico ou científico com outro cargo técnico ou científico, mas sim de **um desses cargos com outro de professor**.

Além disso, não há um conceito preciso do que é um cargo técnico ou científico. Assim, na maior parte dos casos, basta saber a redação expressa da Constituição Federal. Porém, para aprofundar um pouco mais, vamos trazer os conceitos, conforme posicionamentos do STJ:

- a) **cargo técnico:**⁴⁵ é aquele que **requer conhecimento específico na área de atuação do profissional, com habilitação específica** de grau universitário ou profissionalizante de 2º grau;
- b) **cargo científico:**⁴⁶ é o conjunto de atribuições cuja execução **tem por finalidade a investigação coordenada e sistematizada de fatos**, predominantemente de especulação, visando a ampliar o conhecimento humano.

Não existe muita discussão sobre o conceito de cargo científico. Nesse caso, bastaria pensar em algum cargo ligado à realização de pesquisas e estudos científicos.

Já um **cargo técnico** é aquele que exige alguma “**habilitação específica**”, que não precisa ser necessariamente de nível superior. Um exemplo trata do *intérprete de libras*, uma vez que, mesmo admitindo a formação em nível médio, exige habilitação e formação específica, sendo assim um cargo técnico.⁴⁷

Por outro lado, cargos públicos cujas atividades **são meramente burocráticas, de caráter repetitivo e que não exigissem formação específica** **não são considerados cargos técnicos**, como um cargo de “agente administrativo”.⁴⁸ Com efeito, nem mesmo se o cargo receber a denominação formal de “técnico”, como um cargo de “técnico administrativo”, será suficiente para enquadrá-lo no conceito de “cargo técnico” para fins de acumulação.

Por fim, a terceira hipótese de acumulação trata dos **cargos de profissionais de saúde com profissão regulamentada**. Nesse caso, podemos citar os médicos, dentistas, enfermeiros, fisioterapeutas, etc. Todavia, não se enquadra nesse conceito um cargo meramente administrativo de um hospital público, de ambulatórios ou de outros órgãos da área da saúde.

As hipóteses enumeradas acima são constantemente citadas como as “exceções” à vedação à acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicos. Isso porque são os casos diretamente citados nas exceções do inciso XVI do art. 37 da CF. Porém, ao longo do texto constitucional também podemos localizar

⁴⁵ STJ. 2ª Turma. RMS 42.392/AC (j. 10/02/2015).

⁴⁶ STJ. 5ª Turma. RMS 28.644/AP (j. 06/12/2011)

⁴⁷ STJ. 2ª Turma. REsp 1.569.547-RN (j. 15/12/2015).

⁴⁸ STF, RMS 28497 (j. 20/5/2014 – Informativo 747).

outras exceções, que não costumam aparecer tanto em questões de prova, mas que exigem um pouco da nossa atenção.

Assim, podemos citar **outras hipóteses de acumulação**, quais sejam:⁴⁹

- a) **vereador** poderá exercer também o seu **cargo, emprego ou função**, quando houver compatibilidade de horários (CF, art. 38, III);
- b) **juízes** podem exercer um cargo ou função no **magistério** (professor) (CF, art. 95, parágrafo único, I);
- c) **membros do Ministério Pùblico** (promotores e procuradores de Justiça) podem exercer uma função de **magistério** (CF, art. 128, § 5º, II, "d");
- d) **profissionais de saúde das Forças Armadas** podem outro cargo ou emprego **privativo de profissionais de saúde**, com profissões regulamentadas. Essa acumulação ocorrerá "na forma da lei e com prevalência da atividade militar" (CF, art. 142, VIII);
- e) **militares dos estados e do Distrito Federal** se submetem as regras principais de acumulação dos servidores públicos (que listamos acima), com prevalência da atividade militar (CF, art. 42, § 3º).

No caso da "letra d", poderíamos citar um Major médico do Exército que também desempenha um cargo público de médico em uma prefeitura municipal (dois cargos privativos de profissionais de saúde). Já no caso da letra "e" podemos citar como exemplo um professor de uma escola da Polícia Militar que também seja professor na rede municipal de ensino (dois cargos de professor).



| Acumulação remunerada de cargos, empregos e funções | |
|---|--|
| Regra | <ul style="list-style-type: none">▪ Vedação à acumulação remunerada▪ Cargos, empregos e funções públicos▪ Toda da administração direta e indireta / subsidiárias e entidades controladas |
| Exceções (requisitos) | <ul style="list-style-type: none">▪ Compatibilidade de horários (não há limite de horas)▪ Teto constitucional: analisado individualmente, em cada cargo |
| Casos principais de acumulação | <ul style="list-style-type: none">▪ Dois de professor▪ Um de professor + Um técnico ou científico▪ Dois de profissionais de saúde com profissões regulamentadas; |
| Outros casos | <ul style="list-style-type: none">▪ Vereador + cargo, emprego ou função▪ Juiz + magistério▪ Membro do MP + magistério |

⁴⁹ Todas as regras de acumulação dependem de compatibilidade de horários, já que ninguém pode "estar em dois lugares ao mesmo tempo".

| | |
|--------------------|---|
| | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Militares das FFAA + área da saúde ▪ Militares dos E e DF (principais casos). |
| Observações | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Não existe vedação para acumulação de “empregos privados”; ▪ A acumulação, quando possível, será de dois cargos, empregos ou funções, não se admitindo a acumulação de três ou mais; ▪ cargo técnico: existe habilitação específica, não necessariamente de nível superior ▪ cargo científico: exerce investigação, pesquisa, para ampliar o conhecimento humano |

Aprofundamento

Acumulação de proventos e remuneração

Até agora, nós tratamos da acumulação remunerada na ativa, ou seja, considerando que o agente público estava desempenhando simultaneamente os dois cargos, empregos ou funções. Porém, agora, vamos conversar um pouco sobre outras hipóteses de acumulação, considerando a combinação: (i) atividade + inatividade; ou (ii) inatividade + inatividade.

Primeiro, precisamos entender que existem três principais regimes de aposentadoria:

- a) o regime geral de previdência social;
- b) o regime próprio de previdência social (CF, art. 42);
- c) o regime próprio dos militares (CF, art. 142).

Vamos chamar os dois últimos de “regimes públicos” ou “regimes próprios”, uma vez que eles são destinados aos servidores públicos efetivos e vitalícios e aos militares. Além disso, para facilitar, vamos chamar a passagem para a reserva e a reforma simplesmente de “aposentadoria” e o valor percebido pelos militares vamos chamar de “proventos”.

Por ora, vamos começar pela “regra”. Em regra, é vedada a acumulação de proventos com remuneração ou de duas aposentadorias custeadas pelos cofres públicos. Assim, em regra, não é possível gozar de:

- (i) aposentadoria custeada pelos regimes próprios e perceber a remuneração, na ativa, pelo desempenho de outro cargo público (uma aposentadoria “pública” + um cargo público);
- (ii) duas aposentadorias custeadas pelos regimes próprios (duas aposentadorias “públicas”).

Não existe, por outro lado, uma vedação de gozar de uma aposentadoria custeada pelo regime geral de previdência social (vamos chamar, apenas para fins didáticos, de aposentadoria “privada”) com uma aposentadoria “pública”. Também não existe vedação de gozar de uma aposentadoria “privada” e desempenhar um cargo público remunerado. Portanto, as vedações ocorrem em relação aos “regimes públicos”, mas nada impede uma acumulação “pública” e “privada”.

Por exemplo, José se aposentou pelo regime geral de previdência social e ocupa um cargo público efetivo. Ou, José se aposentou pelo regime geral de previdência social, em um emprego na iniciativa privada, e vai se aposentar pelo regime próprio de previdência social, em um cargo público. Essas situações não são vedadas pela Constituição Federal.

Agora, vamos avançar para os “detalhes”.

Como regra, é vedada a acumulação de proventos de aposentadorias custeados pelos regimes públicos com a remuneração de cargo, emprego ou função, conforme dispõe o art. 37, § 10, da Constituição Federal:

§ 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

Portanto, um agente público não pode receber proventos custeados pelos regimes públicos e, simultaneamente, desempenhar um cargo, emprego ou função remunerado. Porém, essa vedação possui três exceções:

- (i) cargos acumuláveis na forma da Constituição;
- (ii) cargos eletivos;
- (iii) cargos em comissão.

Vamos exemplificar cada um desses casos!

Primeiro, imagine que João se aposentou em cargo público de professor. Nesse caso, ele poderá ocupar um outro cargo público de professor. Isso porque, na atividade, dois cargos de professor seriam acumuláveis. Logo, ele pode estar aposentado em um cargo de professor, recebendo os proventos, e desempenhar um cargo de professor na atividade, recebendo a remuneração. Essa mesma regra vale para as outras hipóteses de acumulação.

Agora, imagine que Ana ocupa um cargo de analista em um tribunal de justiça. Ela se aposentou no cargo e resolveu entrar para a política. Então, Ana foi eleita Senadora. Ela poderá acumular os proventos como servidora e, simultaneamente, perceber o subsídio de Senadora. Isso porque a Constituição admite que a servidora aposentada desempenhe um cargo eletivo.

Por fim, Luciana se aposentou como auditora de um fisco estadual. Porém, em virtude dos seus conhecimentos, ela foi convidada pelo governador para ocupar o cargo em comissão de secretária da fazenda. Nessa hipótese, ela também poderá acumular os proventos da aposentadoria do cargo público com o cargo em comissão.

Perceba que, nas duas últimas situações, não importa em qual cargo o servidor se aposentou. Ele poderá ter se aposentado em qualquer tipo de cargo público e, mesmo assim, poderá desempenhar um mandato eletivo ou ocupar um cargo em comissão.

Além disso, a vedação acima se aplica às aposentadorias custeadas pelos regimes próprios, mas não impede que alguém que se aposentou pelo regime geral de previdência social venha a ocupar um cargo

público “qualquer”. Por exemplo: Maria se aposentou como professora da rede privada de ensino, pelo regime geral de previdência social. Se ela quiser ocupar um cargo público de analista, não haverá problemas. Isso porque ela estará “acumulando” uma aposentadoria do regime geral com a remuneração de um cargo público.

Por fim, o art. 40, § 6º, da Constituição complementa o que vimos neste tópico da aula:

§ 6º Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta de regime próprio de previdência social, aplicando-se outras vedações, regras e condições para a acumulação de benefícios previdenciários estabelecidas no Regime Geral de Previdência Social.

Portanto, exceto no caso de cargos acumuláveis, a Constituição Federal veda que alguém perceba duas ou mais aposentadorias custeadas pelo regime próprio de previdência social.

RESPONSABILIDADES

Pelo exercício irregular de suas atribuições, o servidor público poderá responder nas esferas **civil, penal e administrativa**. Basicamente, a esfera civil decorre da ocorrência de dano e consiste no respectivo resarcimento; a espera penal ocasiona a aplicação de sanções penais (p. ex.: detenção); por fim, a esfera administrativa decorre da prática dos ilícitos administrativos, previstos no Estatuto dos Servidores.

Civil

- Prejuízos causados ao erário ou a terceiros, por dolo ou culpa.

Penal

- Prática de infrações funcionais definidas em lei como crimes ou contravenções.

Administrativa

- Infrações funcionais definidas em leis administrativas.

Assim, justamente por possuírem fundamentos diversos, a regra é que cada uma dessas instâncias seja independente. Portanto, um mesmo servidor público poderá ser condenado simultaneamente a ressarcir o dano (esfera civil), sofrer a pena de demissão (esfera administrativa) e ainda ser condenado à prisão (esfera penal). É possível, por outro lado, que um servidor seja condenado civil e administrativamente, mas absolvido no processo penal. Logo, existem várias combinações possíveis. Todavia, veremos, adiante, que a regra da independência das instâncias possui algumas exceções.

A **responsabilidade civil** decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em **prejuízo ao erário ou a terceiros**. Nesse caso, exige-se a **responsabilidade subjetiva ou com culpa** do servidor

público. Portanto, para que o servidor público seja condenado civilmente a ressarcir o dano, deverá ser comprovado que ele agiu com dolo (intenção) ou com culpa em sentido estrito.

Caso o dano seja causado contra a Administração, o servidor será diretamente contra ela responsabilizado. No entanto, se o dano ocorrer contra terceiros, o servidor responderá perante a Fazenda Pública por meio de ação regressiva.

Nesse contexto, o art. 37, §6º, da Constituição Federal, determina que as “*pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros*, assegurado o **direito de regresso** contra o responsável nos casos de **dolo ou culpa**”. Assim, se um servidor público causar dano a terceiro, o Estado deverá primeiro ressarcir o prejudicado para, em seguida, mover a ação de regresso contra o servidor, para dele recuperar os valores gastos com a indenização.

De forma bem simples, se o servidor público “A” causar dano, com dolo ou culpa, ao cidadão “B”; o Estado será responsável por ressarcir “B”, podendo em seguida mover a ação de regresso contra “A” para recuperar esses valores.

Destaca-se, ainda, que a obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida (CF, art. 5º, XLV).

Por outro lado, a **responsabilidade penal** abrange os **crimes e contravenções** imputadas ao servidor, nessa qualidade. Na Lei Penal, os crimes praticados pelo funcionário público contra a Administração constam nos artigos 312 a 326. Além disso, podemos encontrar outras condutas típicas na legislação especial.

Finalmente, a **responsabilidade administrativa** (ou civil-administrativa) resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função. A responsabilidade administrativa decorre da prática dos ilícitos administrativos, como por exemplo a infringência em algumas das vedações que vimos acima ou a falta de observância dos deveres funcionais do servidor.

Voltando ao assunto da independência das instâncias, que as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

Ocorre, todavia, que a esfera penal poderá, em alguns casos, influenciar as demais órbitas de responsabilidade, a depender do conteúdo da sentença penal.

Nesse contexto, dispõe expressamente o art. 126 da Lei 8.112/1990 (que vamos usar apenas como referência nesta aula) que a responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que **negue a existência do fato ou sua autoria**. Isso porque a apuração penal é muito mais solene, exigindo um aprofundamento nas provas bem maior do que se exige nas demais esferas. Assim, se ao final do processo penal restar comprovado que o fato não existiu ou então que o servidor não é o autor da conduta investigada, não há motivo para condená-lo nas demais esferas.

É importante ficar claro, porém, que tal relação ocorre apenas quando ficar comprovado no processo penal que o fato não existiu ou então que o servidor não é o seu autor.

Por outro lado, se o servidor for absolvido simplesmente pela falta de provas, ou por ausência de tipicidade ou de culpabilidade penal, ou por qualquer outro motivo que não sejam os dois mencionados acima, a esfera penal não influenciará nas demais.

Assim, um servidor pode ser absolvido penalmente por falta de provas, mas ser condenado civil e administrativamente, pois essas últimas não exigem um rigor probatório tão grande. Da mesma forma, um servidor pode ser absolvido penalmente por falta de tipicidade de sua conduta, ou seja, aquilo que ele cometeu não se enquadra perfeitamente com a conduta prevista na Lei Penal (tipo penal), porém a mesma conduta poderá ser enquadrada em alguma falta funcional, acarretando a responsabilidade administrativa.

Com efeito, a doutrina⁵⁰ utiliza a expressão **conduta residual** para se referir àquelas condutas que não são puníveis na órbita penal, mas que geram responsabilização civil e administrativa. Nesse contexto, vale transcrevermos o enunciado da Súmula 18 do STF, vejamos:

Súmula 18: Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público.

Dessa forma, com exceção da sentença penal que negar a existência do fato ou a sua autoria, as instâncias de responsabilização são independentes, podendo o servidor ser responsabilizado pela conduta residual.

Vejamos como isso aparece em provas.



(SUFRAMA - 2014) Um veículo da SUFRAMA, conduzido por um servidor do órgão, derrapou, invadiu a pista contrária e colidiu com o veículo de um particular. O acidente resultou em danos a ambos os veículos e lesões graves no motorista do veículo particular. Com referência a essa situação hipotética, julgue o item que se segue. O motorista da SUFRAMA poderá ser responsabilizado administrativamente pelo acidente, ainda que tenha sido absolvido por falta de provas em eventual ação penal instaurada para apurar a responsabilidade pelas lesões causadas ao motorista particular.

Comentários: as instâncias penal, civil e administrativa são, em regra, independentes. Assim, a responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria. Nos demais casos, a esfera penal não irá influenciar as demais instâncias.

Assim, a absolvição penal por falta de provas não gera efeitos nas esferas civil e administrativa, podendo o motorista poder ser responsabilizado administrativamente pelo acidente.

Gabarito: correto.

(CNJ - 2013) Considere que determinado servidor público, dentro de suas atribuições, tenha se afastado do interesse público e atuado abusivamente. Nessa situação hipotética, esta conduta estará sujeita à revisão judicial ou administrativa, podendo, inclusive, o servidor responder por ilícito penal.

⁵⁰ e.g. Carvalho Filho, 2014, p. 782.

Comentários: se o servidor se afastou do interesse público e atuou abusivamente, significa que ele cometeu irregularidades. Nesse caso, sua conduta pode ser revista judicial ou administrativamente, podendo o servidor responder por eventuais ilícitos administrativos, civis e penais.

Gabarito: correto.

(PRF - 2013) Um PRF, ao desviar de um cachorro que surgiu inesperadamente na pista em que ele trafegava com a viatura de polícia, colidiu com veículo que trafegava em sentido contrário, o que ocasionou a morte do condutor desse veículo. Com base nessa situação hipotética, julgue o item a seguir. Ainda que seja absolvido por ausência de provas em processo penal, o PRF poderá ser processado administrativamente por eventual infração disciplinar cometida em razão do acidente.

Comentários: a absolvição por falta de provas no processo penal não impede a aplicação de sanções na esfera civil e administrativa. Somente a sentença que inocentar o réu por inexistência do fato ou ausência de autoria, na esfera criminal, é que afastará a responsabilidade civil.

Gabarito: correto.

(MDIC - 2014) Se determinado servidor público for preso em operação deflagrada pela Polícia Federal, devido a fraude em licitações, a ação penal, caso seja ajuizada, obstará a abertura ou o prosseguimento do processo administrativo disciplinar, visto que o servidor poderá ser demitido apenas após o trânsito em julgado da sentença criminal.

Comentários: já discutimos exaustivamente que as esferas civil, penal e administrativa são, em regra, independentes. Assim, a instauração da ação penal não impede o prosseguimento do processo administrativo disciplinar.

Gabarito: errado.