

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

GUSTAVO JOSÉ DOS SANTOS

**A ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL QUE COMPÕE A
COMISSÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

**ARACAJU
2019**

GUSTAVO JOSÉ DOS SANTOS

A ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL QUE COMPÕE A
COMISSÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Monografia apresentada a Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

ORIENTADOR: Prof. Marcel Figueiredo Ramos

ARACAJU
2019

SANTOS, Gustavo José dos.

S237e A Estabilidade Do Servidor Público Federal Que Compõe A
Comissão De Processo Administrativo Disciplinar / Gustavo José
dos Santos; Aracaju, 2019. 67p.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e
Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof. Esp. Marcel Figueiredo Ramos

1. Servidores Públicos Federais 2. Processo Administrativo
Disciplinar 3. Comissões Julgadoras 4. Estabilidade I. Título.

CDU 347.9(813.7)

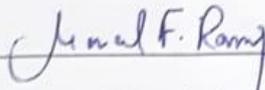
GUSTAVO JOSÉ DOS SANTOS

A ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL QUE COMPÕE A
COMISSÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Monografia apresentada à Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe
como exigência parcial para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 12 / 06 / 2019

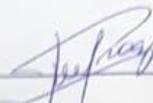
BANCA EXAMINADORA



Prof. Marcel Figueiredo Ramos (Orientador)
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Matheus Brito Meira
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Emerson Charles Pracz
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

“Este trabalho é dedicado primeiramente a Deus, que é a minha fortaleza, meu Norte, meu guia e luz para meus caminhos. A todos os familiares, particularmente a minha avó Josefina (In memoriam), que é a grande responsável pelas bases morais que me formaram, a minha mãe Maria Rita e a minha noiva Silvia”

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, quero agradecer a Deus, que é minha fonte de inspiração diária, a luz que me guia, aquele que me fortalece para nunca desistir. Tenho sempre que dar graças ao Senhor, por sempre está me amparando e me dando suporte para enfrentar os obstáculos da vida. Agradecer pelo amor incondicional e, pela sua palavra, me ensinar a cada dia a ser um homem melhor.

Agradeço, de maneira especial e muito emocionada, a minha avó Josefina, que foi o símbolo do amor em minha vida, por toda dedicação, por me educar, me formar, enquanto ser humano, me ensinar os valores morais e principalmente a nunca desistir dos meus objetivos. “Meu filho eu queria tanto estar na sua formatura, mas eu sei que não estarei, mas quero você formado e me enchendo de orgulho”, de fato hoje não foi possível a tua presença nesse momento tão especial, mas estás comigo em todos os momentos da minha vida, em meu coração. Muito obrigado por dedicar tantos anos de vida, a esse neto que hoje, está concluindo um sonho tão esperado.

Agradeço, a minha mãe Rita, por me dar a vida, dividir a minha criação como a minha avó, por estar comigo em todas as situações, por ser a minha referência, pela paciência e compreensão, dedicados a mim. Minha mãe, meu porto seguro. Muito obrigado.

Agradeço, imensamente, a minha noiva Silvia Dala, pelo amor sem medidas, pela parceria, por passar noites em claro comigo enquanto estudava ou fazia esta monografia, por toda a dedicação, por ser uma mulher de fé, que faz aumentar a minha, por ser tão determinada e pelos sonhos sonhados juntos, meu muito obrigado.

Agradeço aos meus familiares, sem distinção, por fazerem a minha vida mais feliz, por todos os momentos alegres e de muita união.

Agradeço ao meu orientador e amigo, Marcel Ramos, por todos ensinamentos, pela presteza, pela disponibilidade de sempre, em dirimir dúvidas, por ser um verdadeiro Mestre, com um profundo dom de ensinar. Obrigado por sempre me ouvir quando precisei, pelos conselhos, pelo estímulo e confiança que sempre me deu. Muito obrigado Marcel por aceitar esse desafio junto comigo, na construção desse sonho. Sem você não seria possível.

A todos os Professores da FANESE, meu sincero, muito obrigado, por todas as aulas, palestras e eventos prestados com a maior dedicação. Agradeço especialmente aos mestres Lucas Cardinalli, Raisal Nascer, América Nejaim, Cleidson Nascimento e Edson Oliveira, por todo profissionalismo e compromisso com o aluno.

Aos primos Rose, André e Anna Paula, meu muito obrigado, por cada momento juntos que sempre são muito especiais e dão sempre aquele gostinho de quero mais.

Ao primo querido, irmão da vida Alex, pela parceria e sinceridade em cada palavra, por ser parceiro de todas as horas, pelo senso de humor impagável, agradeço do fundo do coração, pelo apoio durante todo esse tempo.

A meu amigo, irmão, Valdemar Ribeiro, um agradecimento muito especial, por todo apoio nessa jornada, por ser esse amigo, meio pai, meio irmão, dedicado e fiel, por ser esse Amigo, na mais nobre acepção da palavra.

Minha grande amiga, irmã Larissa Ribeiro, muito obrigado por esses 20 anos de amizade e por estar literalmente em todos os momentos da minha vida. Minha confidente.

Agradeço a Petinha, minha irmã do coração, as minhas sobrinhas Aretha e Eduarda, por estarem sempre presentes e me encherem de alegria quando os dias pareciam sombrios, meu muito obrigado. São muito especiais na minha vida.

Aos amigos formados durante os anos de curso, meu muito obrigado, por todos os momentos passados juntos, em especial a Marília Senna, Ana Farias, Cristiane Campos, Anny Rafaelly, Tony David, Larissa Muñoz. Por todos as risadas e momentos de divisão de conhecimento, meu muito obrigado mais que especial a meu grande parceiro, companheiro concurseiro Jeferson Alan.

Ademais, gostaria de agradecer a todos que fazem a FANESE e as tias da cantina, que sem aquele cafezinho especial, esses anos não seriam a mesma coisa (rs). Muito Obrigado.

“As conquistas são fáceis de fazer, porque as fazemos com todas as nossas forças; são difíceis de conservar, porque as defendemos só com uma parte das nossas forças.”

Charles Louis de Secondat

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade fazer um estudo a cerca da estabilidade do servidor público federal, regido pela Lei 8.112/90, diante da possibilidade de eventual participação em comissão julgadora de processo administrativo disciplinar. A pesquisa se debruça a aprofundar os estudos sobre o Estatuto dos Servidores Públicos Federais, as jurisprudências, bem como as divergências jurisprudenciais e ainda analisar a doutrina, a fim de esclarecer se essa estabilidade é referente ao cargo público ocupado ou ao serviço público. Visa ainda, diferenciar ambas as teorias, seus efeitos reflexos e impactos trazidos com a adoção de apenas um entendimento e a insegurança jurídica quando acatadas ambas as teses em situações diversas. Analisa a composição das comissões formadas para julgamento de infração administrativa via processo administrativo disciplinar e a escolha do seu presidente. Sendo assim, o trabalho tem caráter qualitativo, visto que, trata-se de uma pesquisa teórica, com apontamentos bibliográficos, a buscar um arcabouço robusto explorando o objeto e sua natureza.

Palavras-chave: Servidores Públicos Federais. Processo Administrativo Disciplinar. Comissões Julgadoras. Estabilidade.

ABSTRACT

The present work has as objective to make a study on the stability of the federal public servant, Governed by Law 8.112 / 90, in front on the possibility of eventual participation in a disciplinary administrative process judging commission. the research is dedicated to deepen the study on the Statute of Federal Public Servants, jurisprudence, as well as jurisprudential divergences and still analyze the doctrine, in order to clarify whether such stability concerns the public office held or the public service. Still aim, differentiate both theories, its reflex effects and impacts brought with an adoption of only one understanding and legal insecurity when both theses are followed in different situations. Analyzes the composition of commission formed for trial of administrative infraction through administrative disciplinary process and the choice of its president. Therefore, the work is qualitative, once, it is a theoretical research, with bibliographic notes, to seek a robust framework exploring the object and its nature.

Keywords: Federal Public Servants. Administrative Disciplinary Process. Judging Commission. Stability.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. AGENTES PÚBLICOS.....	15
2.1 AGENTES POLÍTICOS	17
2.2 AGENTES MILITARES	19
2.3 PARTICULARES EM COLABORAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO	22
2.4 SERVIDORES PÚBLICOS	23
2.4.1 SERVIDORES CELETISTAS	24
2.4.2 SERVIDORES TEMPORÁRIOS	26
2.4.3 SERVIDORES PÚBLICOS ESTATUTÁRIOS	27
3. ESTABILIDADE	30
3.1 AS GARANTIAS DA ESTABILIDADE	35
4. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	38
4.1 INFRAÇÕES DISCIPLINARES	39
4.2 AUTONOMIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	45
4.3 FASES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.....	46
5. A ESTABILIDADE DOS MEMBROS DAS COMISSÕES PROCESSANTES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	49
5.1 ESTABILIDADE NO CARGO X ESTABILIDADE NO SERVIÇO.....	51
5.2 DIVERGÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA	55
6. CONSEQUÊNCIAS DE SE CONSIDERAR A ESTABILIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO	61
7. CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS.....	65

1 INTRODUÇÃO

O processo administrativo disciplinar é regido por um sistema de jurisdicionalização moderada, em que o poder executivo é o responsável pela apuração dos fatos e pelo julgamento, culminando na imposição de sanções administrativas. Há intervenção de órgão hierárquico, que tem função opinativa, contudo a sanção é aplicada pelo superior hierárquico, que atua com certa discricionariedade na aplicação da pena específica em cada caso, bem como na análise dos fatos que ensejam a penalidade.

Os ilícitos administrativos são apurados por meio de processo administrativo, quando de procedimento ordinário, ou por sindicância, quando do procedimento sumário. Nesta para fatos que gerem advertência ou suspensão de até 30 dias, naquelas quanto a fatos com sanções mais gravosas.

O processo administrativo disciplinar, é disciplinado na Constituição Federal em seu artigo 41 e na Lei 8.112/90 que determina a sua obrigatoriedade, nos casos de demissão, cassação de aposentadoria e disponibilidade, suspensão por mais de 30 dias e destituição de cargo em comissão. O mesmo se aplica ao servidor público que é comprovadamente ineficiente no serviço ou age com dissídia na prestação do mesmo, isso por força do Decreto Lei nº 200/70.

Consoante o Estatuto dos Servidores Públicos Federais, o processo administrativo disciplinar é realizado por comissões processantes, compostas por pelo menos 3 servidores estáveis, que devem escolher o seu presidente e este escolher o secretário, que pode recair sobre membro da comissão. O seu presidente deve ser servidor ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.

O início desse processo pode ser de ofício, ou seja, sem a necessidade de provocação de pessoa estranha a administração, configurando um dever da autoridade superior que saiba da prática de irregularidade de servidor, com fulcro no princípio da oficialidade. Dessa forma o superior deve, por meio de despacho, autuar o processo e remeter a imediata instauração da investigação, que será realizada via

portaria pela comissão processante. As fases seguintes correspondem, a instrução, defesa e, relatório e decisão.

A portaria que instaura o processo administrativo disciplinar deve conter os nomes dos acusados, descrição dos ilícitos a qual estão sendo investigados, os fundamentos legais contrariados e também a descrição dos fatos, de maneira sucinta. Quando não houver dados suficientes à instauração do processo deve ser realizado o procedimento de sindicância.

Instaurado o processo, deve haver a citação do servidor, acompanhado da copia da portaria, de igual modo o direito de vista dos autos processuais ao investigado, para garantir-lhe o contraditório, com ou sem procurador constituído, antes de realizada a instrução. Após encerrá-la, deve ser apresentada a defesa do acusado, com prazo certo. Caso não a apresente, a comissão designará servidor, preferencialmente bacharel em direito, para proceder a sua defesa.

Ultrapassada esta fase, a comissão deve apresentar relatório, indicando pela absolvição ou aplicação de penalidade adequada, sempre de maneira fundamentada, apontando os fatos e dispositivos legais infringidos.

O relatório da comissão processante não tem efeito vinculante na decisão do julgador que pode decidir de maneira diversa da comissão, sempre também de maneira fundamentada, vinculando-se a sua decisão. Encerrando, portanto, o processo administrativo disciplinar.

Ademais, a responsabilidade administrativa e suas sanções não impedem a instauração de processo penal ou civil. Contudo, se comprovada a inexistência do fato ou da autoria no processo penal, o processo administrativo fica vinculado a essa decisão.

Porém há uma distinção relevante no tocante a estabilidade do servidor membro da comissão processante do processo administrativo disciplinar, visto que a lei 8.112/90 é omissa ao não informar se a estabilidade do membro julgador deve ser no cargo ou no serviço público. É sabido que ao entrar em exercício no cargo público de provimento efetivo, ou seja, oriundo de concurso público, o servidor deve obrigatoriamente passar por um período de estágio probatório com duração de 3

anos, a fim de adquirir estabilidade no referido cargo, após a avaliação especial de desempenho, que se não aprovado será exonerado do cargo.

O trabalho será realizado com o objetivo de fazer análise da jurisprudência e da doutrina, a fim de comprovar que a estabilidade não pode ter um duplo entendimento, visto que, uma vez adquirida gera inúmeros direitos ao servidor, prerrogativas que somente quem a adquire tem.

Fazer o levantamento de todas as prerrogativas dos servidores estáveis, comprovando que aquele considerado estável para participar de comissão de processo administrativo disciplinar, a partir dessa consideração, pode também ser estável para todas as outras particularidades.

O estudo aqui feito servirá de base para estudos futuros acerca do tema, na cadeira de Direito Administrativo, pois será demonstrada a relativização dessa estabilidade no cargo quando se trata de compor comissões julgadoras dos processos administrativos disciplinares, bem como, os riscos dessa conduta da jurisprudência amparada por maioria doutrinária.

2. AGENTES PÚBLICOS

A denominação Agente Público é a classificação mais abrangente possível para designar a todas as pessoas físicas que prestam serviço laboral na administração pública, ou seja, tem função pública, seja ele de maneira temporária ou permanente, a título oneroso ou gratuito. Assim aduz Alexandre Mazza “O nome “agente público” é a designação mais genérica possível para fazer referência a todas as pessoas que desempenham função pública. A utilidade prática em identificar o grande gênero dos agentes públicos reside em saber quem pode figurar como autoridade coatora em eventual mandado de segurança (art. 1º da Lei n. 12.016/2009). O mesmo conceito amplo é empregado pelo art. 2º da Lei n. 8.429/92 para denir quem são os agentes públicos para fins da prática de improbidade administrativa. Assim, podemos conceituar agentes públicos como “todos aqueles que exercem função pública, ainda que em caráter temporário ou sem remuneração” (Mazza, 2018, p. 747).

No mesmo sentido Matheus Carvalho afirma “A expressão agente público é bastante ampla, para determinar, de forma específica, os sujeitos que exercem funções públicas. Assim, qualquer pessoa que age em nome do Estado é agente público, independentemente de vínculo jurídico, ainda que atue sem remuneração e transitóriamente. Dessa forma, uma vez que o Estado está atuando por via do sujeito, responderá pelos atos praticados, sendo a responsabilidade objetiva do Estado nos moldes do art. 37, §6º da CRFB” (Carvalho, 2017, p. 669).

Outrossim, a norma que trata da Improbidade Administrativa, qual seja a lei 8.429/92, define agente público da seguinte forma:

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. (BRASIL, 1992)

Desse modo, podemos notar que a atuação dos agentes em nome do Ente Federativo resulta em diversas consequências, uma vez que este age representando-

o, sendo assim, a sua qualificação como agente público não depende de remuneração ou do caráter continuado da prestação do serviço, mas tão somente da habilitação da Administração para que atuem em seu nome.

Sob esse prisma, surgiram algumas teorias para enquadrar o agente público, Teoria do Mandato, que seria aquela pelo qual o Estado instituía um mandatário para agir em seu nome, contudo, as críticas começaram a surgir, pois o Estado não tem vontade própria e sendo assim não teria como outorgar a terceiro; a Teoria da Representação em que o Estado determinaria representantes a si mesmo, equiparando o instituto a tutela ou curatela, ocorre que nesses institutos a responsabilidade não é transmitida ao curatelado ou tutelado, o que não ocorre em relação a Administração, daí surgiram as críticas sobre este instituto, prevalecendo por fim, a Teoria do Órgão, que aduz, que o agente, quando manifesta sua vontade em nome da Administração, é o próprio Estado atuando. É o que se verifica na leitura da ilustre doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a saber:

Várias teorias surgiram para explicar as relações do Estado, pessoa jurídica, com seus agentes:

1. Pela teoria do mandato, o agente público é mandatário da pessoa jurídica; a teoria foi criticada por não explicar como o Estado, que não tem vontade própria, pode outorgar um mandato;
2. Pela teoria da representação, o agente público é representante do Estado por força da lei, equipara-se o agente a figura do tutor ou curador, que representamos incapazes; a teoria também foi criticada, quer por equiparar a pessoa jurídica ao incapaz, quer por implicar a idéia de que o Estado confere representantes a si mesmo, quando não é isso o que ocorre na tutela e curatela; além disso essa teoria da mesma forma que a anterior, teria outro inconveniente: quando representante ou mandatário ultrapassasse os poderes da representação, a pessoa jurídica não responderia por esses atos perante os terceiros prejudicados;

3. Pela teoria do órgão, a pessoa jurídica manifesta sua vontade por meio dos órgãos, de modo que quando os agentes que os impõe manifesta sua vontade, é como se o próprio Estado o fizesse; substitui-se a idéia da representação pela de imputação. (Di Pietro, 2018, p. 734)

Resta lembrar que o agente deve estar atuando de maneira legal ou ao menos com respaldo jurídico, ou seja, de maneira que se identifique uma relação entre agente e Estado, de outro modo à Administração não se pode imputar a responsabilidade pela teoria do órgão, com remete Di Pietro quando diz, “Vale dizer que existem limites à teoria da imputabilidade ao Estado de todas as atividades exercidas pelos órgãos públicos; para que se reconheça essa imputabilidade, é necessário que o agente esteja investido de poder jurídico, ou seja, de poder reconhecido pela lei ou que, pelo menos tenha aparência de poder jurídico, como ocorre no caso da função de fato.”(Di Pietro, 2018, p.735).

Por derradeiro, cabe destacar, que o agente público é considerado um gênero, com pelo menos quatro categorias (espécies) distintas; agentes políticos; militares; particulares em colaboração com o Estado e os servidores públicos, onde debruçaremos nosso estudo. Já o jurista Alexandre Mazza, acrescenta outras categorias ao afirmar: “O gênero agentes públicos comporta diversas espécies: a) agentes políticos; b) ocupantes de cargos em comissão; c) contratados temporários; d) agentes militares; e) servidores públicos estatutários; f) empregados públicos; g) particulares em colaboração com a Administração (agentes honoríficos).” (Mazza, 2018, p. 747)

Mister conceituar e entender cada uma das espécies, a fim de delimitar a área de estudo perfazendo um projeto teórico robusto, claro e eficaz.

2.1 AGENTES POLÍTICOS

Ab initio, devemos dizer que não existe uma unanimidade na doutrina acerca da conceituação dos agentes políticos. No entanto, de maneira natural e objetiva, pensamos de imediato na figura do sujeito político que exerce mandato eletivo mediante sufrágio universal. Essa associação é intuitiva e correta, partindo do ponto

de vista de que parte desses agente de fato são membros do legislativo, mas existem agentes políticos que não são eleitos, mas são constituídos para compor o quadro fundamental do governo. Neste conceito se classificam o Presidente da República, Governadores, Deputados (estaduais e federais), Senadores, Prefeitos e vereadores, por derradeiro os Ministros e Secretários de Estado.

Nessa assentada, assevera Celso Antonio Bandeira de Melo, “Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, são os ocupants de cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental de poder. Sua função é a de formadores da vontade superior do Estado.”(De Melo, 2015, p. 251-252).

De mesmo modo, leciona Alexandre Mazza:

Os agentes políticos exercem uma função pública (munus publico) de alta direção do Estado. Ingressam, em regra, por meio de eleições, desempenhando mandatos fixos ao término dos quais sua relação com o Estado desaparece automaticamente. A vinculação dos agentes políticos com o aparelho governamental não é profissional, mas institucional e estatutária. São os membros de Poder que ocupam a cúpula diretiva do Estado. É o caso dos parlamentares, Presidente da República, governadores, prefeitos, e seus respectivos vices, ministros de Estado e secretários. (Mazza, 2018, p.747)

De maneira divergente, o ilustre doutrinador Hely Lopes Meirelles diz: “agentes políticos são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais”; preconizando a importância de certos agentes estatais, considerando os magistrados, membros do ministério públicos e membros da carreira diplomática e “demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho das atribuições governamentais, judiciais, estranhas ao quadro do funcionalismo estatutário”, como sendo agentes políticos, isto pois, considera tais cargos como de certa soberania perante o estado. (Meirelles, 2003, p. 75).

Outrossim, a suprema corte já se posicionou em sintonia com Meirelles no julgado do RE 228.977, de relatoria do Ministro Neri da Silveira, vejamos:

“A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. 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. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual – responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições –, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. Legitimidade passiva reservada ao Estado”

Com a devida venia ao Ilustre Meirelles, ficamos com a doutrina majoritária, visto que, o argumento do jurista é de uma certa fragilidade sendo quebrado facilmente quando apresentados fundamentos para investidura e carreira dos magistrados, diplomatas, membros do ministério público, sabendo que estes ingressam nos quadros públicos mediante concurso público e tem vitaliciedade, por exemplo.

2.2 AGENTES MILITARES

Os servidores militares eram considerados servidores públicos, até que com o advento da Emenda Constitucional nº 18/98, deixaram de ser denominados dessa maneira. “Os militares abrangem as pessoas físicas que prestam serviços às forças Formadas Armadas-Marinha, Exército e Aeronáutica (art. 142, caput, e §3º, da Constituição) – e às Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, Distrito Federal e dos Territórios (art. 42) com vínculo estatutário sujeito a regime jurídico próprio” segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Di Pietro, 2018, p.748).

A doutrina é uníssona nesse sentido. Mazza aduz em consonância com Di Pietro ao afirmar “Os agentes militares formam uma categoria à parte entre os

agentes políticos na medida em que as instituições militares são organizadas com base na hierarquia e na disciplina. Aqueles que compõem os quadros permanentes das forças militares possuem vinculação estatutária, e não contratual, mas o regime jurídico é disciplinado por legislação específica diversa da aplicável aos servidores civis.” (Mazza, 2018, 751).

Os militares se dissociam dos servidores públicos, em diversos aspectos, com regramento constitucional próprio. Podemos citar algumas normas constitucionais próprias de militares, para melhor entendimento.

Vejamos o art. 14, parágrafo 8º , que trata da condição de elegibilidade do militar.

Art. 14 [...]

§ 8º O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições

I – se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade;

II – se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade. (BRASIL, 1988)

Ainda a exemplo, a vedação da propositura de habeas corpus, em favor de militar, quando por punido infração disciplinar, disposto no art. 142, parágrafo 2º:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

[...]

§ 2º Não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares. (BRASIL, 1988)

Não obsta, contudo, a observância de normas dos servidores civis aplicadas aos militares no que couber. Por exemplo a acumulação de cargos públicos nos termos do art. 37, XVI, CF/88, por força do art. 142, §3º, II,III, desde a EC 77/ 2014, a saber:

Art. 142 [..]

II – o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente, ressalvada a hipótese prevista no art. 37, inciso XVI, alínea “c”, será transferido para a reserva, nos termos da lei;

III – o militar da ativa que, de acordo com a lei, tomar posse em cargo, emprego ou função pública civil temporária, não eletiva, ainda que da administração indireta, ressalvada a hipótese prevista no art. 37, inciso XVI, alínea “c”, ficará agregado ao respectivo quadro e somente poderá, enquanto permanecer nessa situação, ser promovido por antiguidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a reserva, sendo depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, transferido para a reserva, nos termos da lei;

Art. 37 [...]

XVI – é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: (Redação dada pela EC n. 19/1998)

a) a de dois cargos de professor; (Redação dada pela EC n. 19/1998)

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; (Redação dada pela EC n. 19/1998)

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas; (Redação dada pela EC n. 34/2001). (BRASIL, 1988)

Ex positis, não há de se confundir servidores públicos com militares, mas tão somente, aplicar prerrogativas de civis a militares quando couber ou por determinação de norma legal.

2.3 PARTICULARES EM COLABORAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO

De início, cabe dizer que nesta espécie encontram-se as pessoas físicas que não são servidores públicos, ou seja, não passaram por processo de seleção mediante concurso público, não adquirem estabilidade, nem outras tantas prerrogativas dos legitimados servidores. Assim leciona Alexandre Mazza:

Os particulares em colaboração com a Administração constituem uma classe de agentes públicos, em regra, sem vinculação permanente e remunerada com o Estado.

De acordo com Hely Lopes Meirelles, são chamados também de “agentes honoríficos”, exercendo função pública sem serem servidores públicos. Essa categoria de agentes públicos é composta, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, por: a) requisitados de serviço: como mesários e convocados para o serviço militar (conscritos); b) gestores de negócios públicos: são particulares que assumem espontaneamente uma tarefa pública, em situações emergenciais, quando o Estado não está presente para proteger o interesse público. Exemplo: socorrista de parturiente; c) contratados por locação civil de serviços: é o caso, por exemplo, de jurista famoso contratado para emitir um parecer; d) concessionários e permissionários: exercem função pública por delegação estatal; e) delegados de função ou ofício público: é o caso dos titulares de cartórios. Importante destacar que os particulares em colaboração com a Administração, mesmo atuando temporariamente e sem remuneração, podem praticar ato de improbidade administrativa (art. 2º da Lei n. 8.429/92). (Mazza, 2018, 755).

Sob a mesma ótica, Maria Sylvia Zanella Di Pietro preconiza “nesta categoria entram as pessoas físicas que prestam serviço ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração.” (Di Pietro, 2018, 750).

Corroborando a unicidade da doutrina, Matheus Carvalho, nos ensina que “são considerados particulares em colaboração com o Estado aquele que, sem perderem a qualidade de particulares, atuam, em situações excepcionais, em nome do Estado, mesmo em caráter temporário ou ocasional, independentemente do vínculo jurídico estabelecido, exercendo função pública” explicitando o que Hely Lopes Meirelles categoriza como servidores Honoríficos tornando claro que “esses agentes não integram a estrutura da Administração Pública, executando atividades públicas em situações específicas.” (Carvalho, 2017, p. 773)

2.4 SERVIDORES PÚBLICOS

A categoria dos servidores públicos engloba, em sentido amplo, todas as pessoas físicas que prestem serviço à Administração Pública Direta e Indireta mediante remuneração do Estado. Compreendidos aqui os servidores estatutários, os celetistas e os servidores temporários, que pela regra geral ingressam no serviço público através de concurso público de provas ou provas e títulos, salvo os ocupantes de cargo em comissão, com fulcro no art. 37, II, da CRFB, *in verbis*:

Art. 37 – [...]

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.
(BRASIL, 1988)

Outrossim, o STF editou a Súmula nº 685, enfatizando a afronta constitucional, a nomeação em cargo público sem a devida observação legal: “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”

Dessa maneira, leciona Alexandre de Moraes que “Existe, assim, um verdadeiro direito de acesso aos cargos, empregos e funções públicas, sendo o cidadão e o estrangeiro, na forma da lei, verdadeiros agentes do poder, no sentido de ampla possibilidade de participação da administração pública” (Moraes, 2018, p. 499). Mister se faz esclarecer que aos estrangeiros, esse acesso a administração pública como servidor é mitigado, tendo em vista que a norma constitucional que o determina é de eficácia limitada, sendo-lhes permitido apenas alguns cargos da administração pública, como por exemplo, nos casos em que “As universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica federais poderão prover seus cargos com professores, técnicos e cientistas estrangeiros, de acordo com as normas e os procedimentos desta Lei.” Redação do art. 5º, §3º, da Lei 8.112/90. Tal norma é aplicada apenas em âmbito federal, precisando que os Estados e Municípios editem leis próprias neste sentido, isto por que a competência legislativa da matéria relativa a servidores públicos, não é privativa da União.

2.4.1 SERVIDORES CELETISTAS

Também chamados de empregados públicos, essa categoria ingressa no serviço público por meio de concurso, porém não ocupa cargo de provimento efetivo, mas sim emprego público no âmbito da administração indireta, nas pessoas jurídicas de direito privado, mantendo um vínculo contratual com o Estado, regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas. É o que aduz Alexandre Mazza: “...está constitucionalmente definido como o sistema de contratação a ser utilizado nas pessoas jurídicas de direito privado da Administração indireta, isto é, nas empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais e consórcios privados.” (Mazza, 2018, p. 753).

Segundo a douta jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro, os servidores celetistas “Embora sujeitos à CLT, submetem-se a todas as normas constitucionais referentes a requisitos para a investidura, acumulação de cargos, vencimentos, entre outras previstas no Capítulo VII, do Título III, da Constituição.” (Di Pietro, 2018, p. 744).

No mesmo diapasão, Matheus Carvalho assegura que “esses agentes se submetem a restrições aplicadas aos servidores públicos, em geral, como, por exemplo, a exigência de concurso público para ingresso na carreira, a impossibilidade

de acumulação de empregos públicos, a obediência e adequação de seus vencimentos ao teto de remuneração”(Carvalho, 2017,p. 777, 778)

Ainda sobre a distinção entre ocupante de cargo público e emprego público, explica Di pietro:

Quando se passou a aceitar a possibilidade de contratação de servidores sob o regime da legislação trabalhista, a expressão emprego público passou a ser utilizada, paralelamente a cargo público, também para designar uma unidade de atribuições, distinguindo-se uma da outra pelo tipo de vínculo que liga o servidor ao Estado; o ocupante de emprego público tem um vínculo contratual, sob a regência da CLT, enquanto o ocupante do cargo público tem um vínculo estatutário, regido pelo Estatuto dos Funcionários Públicos que, na União, está contido na lei que instituiu o regime jurídico único (Lei nº 8.112/90). (Di Pietro, 2018, p. 751)

Apesar de serem regidos pela Consolidação de Leis Trabalhistas, os empregados públicos, ficam submetidos a certas restrições constitucionais aplicadas aos servidores públicos em geral e por isso detém certa segurança jurídica, como, por exemplo, no que tange a garantia do emprego, não ficando sujeitos a demissões imotivadas, devendo, portanto, lhes ser assegurado, o contraditório e a ampla defesa, quando possam lhes ser imputadas penalidades administrativas. É o que diz Alexandre Mazza “Os empregados públicos não têm a estabilidade típica do regime estatutário. Entretanto, isso não quer dizer que o empregado público possa ser demitido livremente, como um empregado comum. ” (Mazza, 2018, p. 754).

Nessa assentada, concorda Matheus Carvalho,” Sendo assim, entende-se que, a despeito de se tratar de matéria divergente, a dispensa de empregados da Administração Pública depende de motivação, por se tratar de ato administrativo que restringe direitos. Todavia, isso não se confunde com a garantia de estabilidade, prevista no art. 41 da Constituição Federal” (Carvalho, 2017. p.786)

In casu, é o mais sensato a se pensar, mesmo por que, os cargos de livre exoneração, são os cargos em comissão, que são específicos de direção, chefia ou assessoramento, e por esse motivo “a totalidade da doutrina administrativista entende que os empregados públicos somente podem sofrer demissão motivada e após regular processo administrativo, observadas as garantias do contraditório e da ampla defesa.” (Mazza, 2018, p.754).

É necessário, também, salientar que antes da Emenda Constitucional nº 19/98, a Carta Magna trazia o regime jurídico único para os servidores públicos, qual seja o estatutário, após essa Emenda, passou a figurar no ordenamento jurídico o regime estatutário e o celetista até 2007, momento que o STF julgou a ADI 2.135/DF, retornando à redação original do art.39, que determinava o regime jurídico único dos servidores públicos. Sendo assim, é possível encontrar na Administração Pública Direta, servidores estatutários e celetistas, oriundos desse período.

2.4.2 SERVIDORES TEMPORÁRIOS

Os servidores que estudaremos aqui, são aqueles que tem caráter transitório na Administração Pública e não ocupam cargo público, eles exercem função. Estes são contratados de maneira motivada, somente em situações específicas que justifiquem a necessidade excepcional e de fundamental interesse público, fugindo a regra geral do concurso público, pois o caráter permanente não se figura nessa hipótese. Logo, nota-se três requisitos *sine qua non*, o serviço temporário; o interesse público; e a excepcionalidade. Como leciona Matheus Carvalho:

[...] faz-se necessário o cumprimento de três requisitos, a saber:

I. **Serviço temporário**, definido por meio de lei específica que deve especificar seus contornos e características, os limites máximos de duração destes contratos, além de regulamentar o regime aplicado a estes servidores. Sendo assim, trata-se o art. 37, IX da CF/88 de norma de eficácia limitada, somente produzindo efeito se houver regulamentação infraconstitucional para estabelecer seus limites.

II. **Interesse público**, devidamente justificado pela autoridade responsável pela contratação, dentro das hipóteses permitidas em lei.

III. Caráter de **excepcionalidade** da contratação. É que a de servidores temporários não pode ser a regra de contratação do órgão ou entidade pública, sendo situação não ordinária. É inconstitucional a contratação de temporários em situação que deveria haver nomeação de servidores efetivos. (Carvalho, 2017. p. 776)

Observando, também, o art. 37, XI, da Constituição Federal, chegamos a tal conclusão, in verbis:

Art. 37 – [...]

IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por **tempo determinado** para atender a **necessidade temporária de excepcional interesse público** (grifo nosso). (BRASIL, 1988)

Ademais, Mazza, leciona, “Regulamentando o referido dispositivo, foi promulgada a Lei n. 8.745/93 para disciplinar a contratação temporária no âmbito dos órgãos da administração federal direta, bem como de suas autarquias e fundações públicas.” (Mazza, 2018, p. 750)

Desse modo, não há de se falar em contratação temporária para substituição de servidores efetivos, pois estes ocupam cargos de provimento efetivo, como também, não podem ocupar cargos em comissão ou de confiança, pois estes têm provimento próprio.

2.4.3 SERVIDORES PÚBLICOS ESTATUTÁRIOS

Essa espécie de agentes, tem vínculo com a Administração Pública de caráter permanente e ingressam na carreira mediante concurso público, sendo regidos por estatuto próprio, que em âmbito federal é regulamentado pela Lei 8.112/90 – Estatuto

dos Servidores Públicos Civis da União. Como assevera Matheus Carvalho, “Assim como os empregados públicos, os servidores estatutários têm vínculo permanente com a Administração, de natureza profissional, com prazo indeterminado, para execução de atividades permanentes de interesse do Estado. ” (Carvalho, 2017, p.787)

Alexandre Mazza, leciona da seguinte forma: “No âmbito federal, o regime de cargo público vem disciplinado na Lei n. 8.112/90 – o Estatuto do Servidor Público Federal. Os servidores estatutários são selecionados por concurso público para ocupar cargos públicos” (Mazza, 2018, p. 752)

Ainda sobre o mesmo prisma, Mazza complementa o ensinamento, no sentido que “O regime estatutário é regime comum de contratação de agentes públicos pela Administração Direta, isto é, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, assim como pelas pessoas jurídicas de direito público da Administração Indireta, como autarquias, fundações públicas e associações públicas.” (Mazza, 2018, p.752)

A Súmula Vinculante nº 43, trata da obrigatoriedade de concurso público para investidura em cargo público, em pleno acordo com o art. 37, II, da Magna Carta *in verbis*:

Súmula Vinculante nº 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”. (BRASIL, 2015)

Estando o servidor sob regime estatutário, significa dizer que as normas basilares podem ser alteradas unilateralmente pelo Estado, em virtude de lei, desde que respeitado o direito adquirido dos servidores. Dessa forma, é impossível que haja autocomposição entre estado e servidor, a fim de modificar norma mediante contrato, visto que o Estatuto é uma norma cogente, de direito público. É dessa forma que alude Di Pietro, “não há possibilidade de qualquer modificação das normas vigentes por meio de contrato, ainda que com a concordância da Administração e do servidor, porque se trata de normas de ordem pública, cogentes, não derogáveis pelas partes. ” (Di Pietro, 2018, p. 744).

Em apartada síntese, as palavras do jurista Matheus Carvalho, corroboram essa assentada, a saber:

Ressalte-se que, em virtude da ausência de contrato dispondo acerca de todos os direitos e obrigações, o servidor estatutário não tem direito adquirido a manter as prerrogativas definidas em lei. A título de exemplo, se o estatuto do servidor prevê a concessão de licença prêmio aos servidores desta carreira que contam com mais de cinco anos no serviço e, posteriormente, a norma é revogada pela edição de lei posterior, aqueles agentes que já haviam ingressado na carreira, mas não possuíam cinco anos de serviço, não têm qualquer direito garantido. Situação diversa ocorreria se o servidor tivesse vínculo contratual; afinal, neste último caso, a alteração legal não atinge sua relação individualizada. Para que lhe seja suprimida qualquer garantia, deve ser realizada uma alteração no contrato de emprego que lhe define os direitos e as obrigações. (Carvalho, 2017, p. 788)

O que mais importa destacar, é que os servidores estatutários, ficam sob um regime único, não suportando regime celetista após o julgamento da ADI 2135 como já mencionado, e adquirem estabilidade após três anos de efetivo exercício, após passarem por uma avaliação especial de desempenho.

Segundo o ilustre Alexandre de Moraes, vejamos:

O art. 41 da Constituição Federal consagra a regra de estabilidade do servidor público. Assim, nos termos da Emenda Constitucional nº 19/98, são requisitos para a aquisição de estabilidade do servidor público:

- nomeação para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público;
- efetivo exercício por três anos (estágio probatório) – Ressalte-se, porém, que, nos termos do art. 28 da EC nº 19/98, ficou assegurado o prazo de dois anos de efetivo

exercício para aquisição da estabilidade aos servidores em estágio probatório à época da promulgação da Emenda Constitucional, sem prejuízo da avaliação especial e obrigatória prevista no próximo tópico. Conforme decidido pelo STF , “os institutos da estabilidade e do estágio probatório estão necessariamente vinculados, de modo que se lhes aplica o prazo comum de 3 anos”;

- avaliação especial e obrigatória de desempenho por comissão instituída para essa finalidade. (Moraes, 2018, p. 547, 548)

Nos ensinamentos de Alexandre Mazza “a principal vantagem conferida aos estatutários é a estabilidade adquirida após o estágio probatório. Essa estabilidade consiste na impossibilidade de perda do cargo, a não ser nas hipóteses constitucionalmente previstas. ” (Mazza, 2018, p. 752), nos termos do art. 41 da Constituição Federal.

“Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º - O servidor público estável só perderá o cargo:

I – em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II – mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III – mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.” (BRASIL, 1988)

3. ESTABILIDADE

A instituto da estabilidade confere aos servidores públicos, ocupantes de cargo de provimento efetivo, uma maior segurança jurídica, evitando demissões imotivadas e abusivas por parte da administração. Essa estabilidade só é adquirida após o interstício de 3 anos de efetivo exercício, nos termos do art. 41 da Magna Carta.

Ocorre que, o artigo 20 da lei 8.112/90, determina que o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo, passará por um estágio probatório de 24 meses e após esse interregno de tempo, submetido à avaliação especial de desempenho e se reprovado será exonerado. Entende-se que o instituto da estabilidade e do estágio são indissociáveis. Contudo, por força da EC nº 19/98 que ampliou o prazo da estabilidade de 2 anos para 3 anos, restou a norma do Estatuto dos Servidores Civis da União sem efeito, sendo considerado o tempo de estágio probatório como de 3 anos.

É nesse sentido que a doutrina majoritária se posiciona, como nos ensina claramente Alexandre Mazza:

Ocorre que, no ano de 1998, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 19 que, entre outras novidades, modicou a redação do art. 41 da Constituição, ampliando para três anos o período para o servidor adquirir estabilidade. A melhor doutrina sempre considerou que o novo prazo trienal implicava imediata ampliação, também para três anos, na duração do estágio probatório, derogando o disposto no art. 20 da Lei n. 8.112/90. Entretanto, alguns entendimentos minoritários passaram a sustentar a tese absurda de que o estágio probatório continuaria sendo de vinte e quatro meses (Estatuto), mas a estabilidade somente seria alcançada após três anos (Emenda n. 19), de modo que, mesmo encerrado o período do estágio probatório, o servidor permaneceria mais um ano até adquirir estabilidade[...]. A despeito de toda controvérsia, a corrente majoritária sustenta que a duração atual do estágio probatório é de três anos, ou trinta e seis meses, mesmo período exigido para o servidor ocupante de cargo efetivo adquirir estabilidade. (Mazza, 2018, p.776)

Na mesma doutrina, Maria Sylva Zanella Di Pietro, apregoa:

O período de três anos para aquisição da estabilidade pode ser desde logo aplicado. Com efeito, no caso de servidor nomeado por concurso, a estabilidade somente se

adquire depois de três anos; o período compreendido entre o início do exercício e a aquisição da estabilidade é denominado de estágio probatório e tem por finalidade apurar se o servidor apresenta condições para o exercício do cargo, referentes à moralidade, assiduidade, disciplina e eficiência. Pelo § 4º, acrescentado ao artigo 41 pela Emenda 19, além do cumprimento do estágio probatório, deve o servidor, para adquirir estabilidade, submeter-se a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade. (Di Pietro, 2018, p. 816)

Outrossim, O Supremo Tribunal Federal no julgamento da AI 754802 ED-AgR/DF – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 7-6-2011, in casu, analisava a obrigatoriedade do período de estágio probatório aos procuradores federais, traz que, “os institutos da estabilidade e do estágio probatório estão necessariamente vinculados, de modo que se lhes aplica o prazo comum de 3 anos”.

O período de estágio probatório é, portanto, anterior à aquisição da estabilidade pelo servidor público no cargo que ocupa. Sendo considerado do momento que o agente entra em exercício até completado os 3 anos de efetiva atividade, sabendo-se que “A posse ocorrerá no prazo de trinta dias contados da publicação do ato de provimento” é a redação do art. 13, § 1º, da Lei 8112/90; o “Exercício é o efetivo desempenho das atribuições do cargo público ou da função de confiança” e que “É de quinze dias o prazo para o servidor empossado em cargo público entrar em exercício, contados da data da posse” como reza o art.15 desse Estatuto. A partir de então começa a contagem do tempo do estágio probatório e ao final será realizada a avaliação especial de desempenho nos termos do art. 41, § 4ª, da CF/88, in verbis:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. (EC nº 19/98)

[...]

§ 4o Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade. (BRASIL, 1988)

A avaliação especial de desempenho é disciplinada no art, 20 do Estatuto do Servidores Públicos Civis da União. Nesse momento será observada a assiduidade; disciplina; Capacidade de iniciativa; produtividade e responsabilidade, do servidor por uma comissão instituída para esse fim. Sendo aprovado, adquire a estabilidade, sendo reprovado, será exonerado, ou se estável, será reconduzido ao cargo anteriormente ocupado. Conforme o artigo citado, a saber:

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

I – assiduidade;

II – disciplina;

III – capacidade de iniciativa;

IV – produtividade;

V – responsabilidade. (BRASIL, 1990)

Nesse sentido, o doutrinador Alexandre Mazza, explica “No exato momento em que entra em exercício, o servidor ocupante de cargo efetivo ou vitalício inicia o estágio probatório, um período de avaliação durante o qual deverá demonstrar aptidão e capacidade para o exercício do cargo, observados os fatores” (Mazza, 2018, p. 775);

José Afonso da Silva nos mostra, em seus ensinamentos, que o procedimento para investidura em cargo efetivo, “envolve várias operações sucessivas: realização de concurso, aprovação neste, nomeação na ordem de classificação, posse e entrada

em exercício. Desta última é que começa a fluir o tempo de três anos para a aquisição da estabilidade.” (Da Silva, 2005, p. 698)

Adquirida a estabilidade, podemos afirmar que é adquirido o direito de permanecer no cargo que ocupa, perdendo-o apenas por três formas distintas, sentença judicial transitada em julgado; processo administrativo disciplinar com garantia de ampla defesa; procedimento de avaliação periódica de desempenho, assegurada ampla defesa. (art. 41, § 1º, I, II e III, da CF).

Após a Constituinte de 1988, a estabilidade passou a ser disciplinada como vimos alhures, porém o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, traz no art. 19, a garantia aos servidores que ingressaram na Administração cinco anos antes de promulgada a Magna Carta. Com efeito, essa norma dita que:

Art. 19 - Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, **são considerados estáveis no serviço público**. (grifo nosso). (BRASIL, 1988)

Percebemos portanto, que a estabilidade se refere ao cargo público e não ao serviço público, salvo os admitidos à pelo menos cinco anos antes da promulgação da Constituição, e aqueles que estão assumindo o primeiro cargo público, ou seja, aquele que passa pelo primeiro estágio probatório, adquire a estabilidade no serviço e no cargo público. A estabilidade no serviço é única, jamais se adquirindo duas estabilidades, ou seja, uma vez estável no serviço, não existira outra estabilidade. Já a estabilidade no cargo é aquela adquirida após o estágio probatório inerente ao cargo ocupado, desse modo para cada novo cargo ocupado pelo mesmo agente, mediante concurso público, se faz necessário um novo estágio probatório, uma nova avaliação de desempenho, para que seja adquirida a estabilidade relativa ao novo cargo, ainda que já se tenha adquirido estabilidade no serviço. Em suma, adquirida estabilidade no serviço público após o primeiro estágio probatório, para cada novo

cargo efetivo é necessário um novo período de estágio, para aquisição da estabilidade no cargo.

Mister se faz essa diferenciação, pois existem garantias que são asseguradas aos servidores estáveis no cargo e não apenas no serviço, como, por exemplo, o direito à recondução, à reintegração, ao aproveitamento e à disponibilidade. Como nos explica Di Pietro, “Constituem decorrência da estabilidade os direitos à reintegração, à disponibilidade e ao aproveitamento (art. 41, §§ 2º e 3º da Constituição) ” (Di Pietro, 2018, p. 816). Continua a ilustre jurista, acerca da recondução, no sentido que “só pode ser aplicada se o servidor que ocupava o cargo não tinha, ele mesmo, adquirido estabilidade. Se já a adquiriu, terá que ser protegido também pela utilização de uma das duas alternativas: ser aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço” é clara a ideia que essa estabilidade, é no cargo, ao dizer “se o servidor que ocupava o cargo não tinha, ele mesmo, adquirido estabilidade”, ou seja, o servidor estável no serviço público que venha assumir outro cargo efetivo, quando em virtude da reintegração de um anterior ocupante, ele poderá ser reconduzido ao cargo anterior ou se adquirida a estabilidade nesse novo cargo, pode ser aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

Oportuno ressaltar, que não é permitido a acumulação de lapsos de tempo distintos, de estágio probatório, para adquirir a estabilidade. Os três anos de estágio probatório devem ser cumpridos na sua integralidade em apenas um cargo.

3.1 AS GARANTIAS DA ESTABILIDADE

Como já vimos, a principal garantia da estabilidade é um direito que a constituição concede ao servidor após três anos de efetivo exercício, no intuito de dar-lhe uma maior segurança, conferindo a isonomia na Administração Pública, dificultando a perda do cargo, assegurando que essa, só ocorrerá em situações específicas, a saber, mediante sentença judicial transitada em julgado; através de processo administrativo assegurado contraditório e ampla defesa; por meio de avaliação periódica de desempenho, também assegurado a ampla defesa. É o que retira do texto constitucional, em seu artigo 41, paragrafo 1º, abaixo transcrito:

“Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º - O servidor público estável só perderá o cargo:

I – em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II – mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III – mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.” (BRASIL, 1988)

Porém, não significa dizer que o servidor em estágio probatório tem maior fragilidade, pois o STF já se posicionou no sentido de conferir maior rigidez à perda do cargo do servidor que ainda não adquiriu a estabilidade. O entendimento foi consolidado na **Súmula nº 21 do STF**: “Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade”.

Mas a garantia de permanência no cargo, não é a única garantia trazida pela estabilidade. Como vimos o art. 41, §§ 2º e 3º, da CF de 1988, traz a recondução, reintegração, aproveitamento e disponibilidade como sendo possíveis apenas para os servidores estáveis, a seguir:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. (EC no 19/98)

[...]

§ 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro

cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

§ 3o Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo. (BRASIL, 1988)

Estes foram regulados na Lei 8.112 de 1990 pelos art. 28, 29 e 30, *ipsis litteris*:

Art. 28. A reintegração é a reinvestidura do servidor estável no cargo anteriormente ocupado, ou no cargo resultante de sua transformação, quando invalidada a sua demissão por decisão administrativa ou judicial, com ressarcimento de todas as vantagens.

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

Art. 30. O retorno à atividade de servidor em disponibilidade far-se-á mediante aproveitamento obrigatório em cargo de atribuições e vencimentos compatíveis com o anteriormente ocupado. (BRASIL, 1990)

Como objeto do nosso tema, a Lei 8.112 de 1990 adota a estabilidade, como requisito do servidor para compor comissão julgadora de Processo Administrativo Disciplinar. É o que diz o art. 149 do referido diploma, vejamos:

Art. 149. O processo disciplinar será conduzido por **comissão composta de três servidores estáveis** designados pela autoridade competente, observado o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo

superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. (grifo nosso) (BRASIL, 1990)

Note-se o silêncio do diploma legal a não se referir se a estabilidade em questão está relacionada ao cargo público ou ao serviço público. Distinguir essa modalidade de estabilidade é de fundamental importância, tendo em vista que alguns institutos podem apenas ser gozados por servidores estáveis no cargo que ocupa, como, por exemplo, no caso da recondução.

4. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

É o instrumento utilizado para apuração de responsabilidade de servidor pelas infrações praticadas no exercício de suas funções, ou que estejam relacionadas aquelas atribuições do cargo que estiver lotado o servidor, respeitados o princípio do devido processo legal.

Assim aduz Matheus Carvalho, “O processo administrativo disciplinar, assim como todos os processos, se configura uma série concatenada de atos, respeitando um procedimento previamente estipulado na lei e visando alcançar uma finalidade específica que, no caso, é a de apurar a infração cometida e definir a sanção mais correta a ser aplicada” (Carvalho, 2017, p. 886)

Existem três sistemas de jurisdição administrativa, a fim de realizar a punição disciplinar, a saber, são eles o sistema hierárquico; o sistema de jurisdição completa; e o sistema misto ou de jurisdição moderada.

Segundo Di Pietro o Brasil adota o sistema de jurisdição moderada, que é aquele onde a própria administração utiliza-se de todos os atos processuais, desde a investigação até o julgamento, sendo que a comissão julgadora, se torna opinativa, pois a decisão final pelo superior pode divergir da recomendação oferecida, desde que, motivada, evidentemente, vejamos:

O sistema hierárquico, em que o poder disciplinar é exercido exclusivamente pelo superior hierárquico; ele

apura a falta e aplica a pena; é o sistema que se usa às vezes para a apuração de faltas leves ou para a aplicação do princípio da verdade sabida;

O sistema de jurisdição completa, no qual a falta e a pena são estritamente determinadas em lei e a decisão cabe a um órgão de jurisdição que funciona segundo regras de procedimento jurisdicional; este sistema não existe no direito brasileiro;

Sistema misto ou de jurisdicionalização moderada, em que intervêm determinados órgãos com função geralmente opinativa, sendo a pena aplicada pelo superior hierárquico; além disso, mantém-se certo grau de discricionariedade na verificação dos fatos e na escolha da pena aplicável; é o sistema adotado no Brasil relativamente aos processos administrativos disciplinares. (Di Pietro, 2018, p. 879)

O sistema misto ou de jurisdição moderada é adotado no Brasil no tocante ao processo administrativo disciplinar, processando as infrações disciplinares mais gravosas, deixando a infrações mais leves, a cargo do sistema hierárquico.

4.1 INFRAÇÕES DISCIPLINARES

As infrações disciplinares são transgressões administrativas, cometidas pelo servidor, quando, dentre outras, contraria a norma estatutária que define as proibições dos estatutários, elencadas no art. 117 do diploma legal 8.112/90, ocorrido isso, serão aplicadas as penalidades administrativas. As sanções disciplinares, estão determinadas no art. 127 da Lei 8.112/90, como sendo as possíveis de serem aplicadas aos servidores faltosos.

As infrações menos gravosas, punidas com advertência ou suspensão de até 30 dias, serão submetidas a sindicância, que é um procedimento de investigação com prazo de até 30 dias para sua conclusão. Contudo se da sindicância constatar que a penalidade se configura como de suspensão acima de 30 dias, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão ou função

comissionada, obrigatoriamente, deve ser instaurado o Processo Administrativo Disciplinar. Assim nos ensina Celso Antônio Bandeira de Melo, quando diz:

Sindicância é o procedimento investigativo, com prazo de conclusão não excedente de 30 dias (prorrogáveis pela autoridade superior por igual período), ao cabo do qual, se a conclusão não for pelo arquivamento do processo ou pela aplicação de penalidade de advertência ou suspensão até 30 dias, assegurada ampla defesa, será instaurado processo disciplinar, o qual é obrigatório sempre que o ilícito praticado ensejar sanção mais grave (arts. 145 e 146). (De Melo, 2008, p. 322)

A pena de advertência deve ser “aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave”, redação do art. 129 da Lei 8.112/90. Vejamos as hipóteses aplicação de advertência segundo art. 117, incisos I a VIII e XIX, in verbis:

Art. 117. Ao servidor é proibido:

I – ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato;

II – retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição;

III – recusar fé a documentos públicos;

IV – opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço;

V – promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição

VI – cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que

seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado; VII – coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político;

VIII – manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil;

[...]

XIX – recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado. (BRASIL, 1990)

As infrações passíveis de suspensão, estão colacionadas no art. 130 do Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis da União, e podem, por critério discricionário, atendendo a finalidade pública, ser revertida em multa, não superior a 50% do valor da remuneração ou do dia de vencimento do servidor, sendo-lhe obrigado a permanecer em serviço. Vejamos a determinação *ipsis litteris*:

Art. 130. A suspensão será aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de noventa dias.

§ 1º Será punido com suspensão de até quinze dias o servidor que, injustificadamente, recusar-se a ser submetido a inspeção médica determinada pela autoridade competente, cessando os efeitos da penalidade uma vez cumprida a determinação.

§ 2º Quando houver conveniência para o serviço, a penalidade de suspensão poderá ser convertida em multa, na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento ou remuneração, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço. (BRASIL, 1990)

Em atendimento ao caput, do artigo alhures, temos também que os incisos XVII e XVIII do art. 117 do estatuto em estudo, são hipóteses de infrações puníveis com suspensão, a saber:

Art. 117 – [...]

XVII – cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias;

XVIII – exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho; (BRASIL, 1990)

Mister externar, como aduz Hely Lopes Meirelles a “A autoridade competente tem o dever de apurar essa violação; e, caso não o faça, comete o crime de condescendência criminosa, do art. 320 do CP. A falta funcional gera o ilícito administrativo”,(Meirelles, Burle Filho, 2016, p.613) ou seja, apurar a violação e aplicar a pena são atos vinculados da administração, com efeito, o *quantum* aplicado na pena de suspensão, é critério discricionário, devendo ser observado a proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da penalidade.

A penalidade de demissão, é a mais gravosa desse ordenamento, como também tem um rol mais extenso incluindo os incisos IX a XVI do art. 117 como também, o art.132 da Lei 8.112 de 1990, o qual veremos agora:

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

I – crime contra a administração pública;

II – abandono de cargo;

III – inassiduidade habitual;

IV – improbidade administrativa;

V – incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;

VI – insubordinação grave em serviço;

VII – ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;

VIII – aplicação irregular de dinheiros públicos;

IX – revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;

X – lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;

XI – corrupção;

XII – acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;

XIII – transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117. (BRASIL, 1990)

Em consonância com o último inciso, veremos as hipóteses do artigo 117:

Art. 117 – [...]

IX – valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;

X – participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário;

XI – atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro;

XII – receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;

XIII – aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro;

XIV – praticar usura sob qualquer de suas formas;

XV – proceder de forma desidiosa;

XVI – utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares; (BRASIL, 1990)

Analisando o art.141 da Lei 8.112 de 1990, observamos que a competência para aplicar as sanções disciplinares são bem delimitadas deixando a cargo das mais altas autoridades a aplicação das penas mais severas no âmbito administrativo, vejamos o artigo para melhor entendimento:

Art. 141. As penalidades disciplinares serão aplicadas

I – pelo Presidente da República, pelos Presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da República, quando se tratar de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidor vinculado ao respectivo Poder, órgão, ou entidade;

II – pelas autoridades administrativas de hierarquia imediatamente inferior àquelas mencionadas no inciso anterior quando se tratar de suspensão superior a 30 (trinta) dias;

III – pelo chefe da repartição e outras autoridades na forma dos respectivos regimentos ou regulamentos, nos casos de advertência ou de suspensão de até 30 (trinta) dias;

IV – pela autoridade que houver feito a nomeação, quando se tratar de destituição de cargo em comissão. (BRASIL, 1990)

A doutrina é unissona nesse sentido, merecendo a leitura de Alexandre Mazza, que clarifica o entendimento:

Destaca-se a competência exclusiva do Presidente da República, em âmbito federal, para aplicar a pena de demissão a servidores da Administração Direta da União. Por simetria, nas demais entidades federativas a competência para demitir servidores da Administração direta é exclusiva de Governadores e Prefeitos. Assim, a aplicação da penalidade máxima compete exclusivamente à autoridade máxima. Guarde: pena máxima, autoridade máxima! (Mazza, 2018, p. 796)

4.2 AUTONOMIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

O processo administrativo, é independente e autônomo, tramitando em separado do processo civil e penal, isso por que a responsabilidade administrativa, não se confunde com a responsabilidade civil e penal. Porém, comprovada a inocência no âmbito judicial, seja pela comprovada negativa da autoria ou pela inexistência do fato, resta comprovada a inocência do servidor no processo administrativo. No sentido inverso o mesmo não ocorre, ou seja, a coisa julgada administrativa não faz coisa julgada judicial.

Celso Antonio Bandeira de Melo, redige nas linhas do direito, claramente, que “As responsabilidades disciplinar, civil e penal são independentes entre si e as sanções correspondentes podem se cumular (art. 125); entretanto, a absolvição criminal, que negue a existência do fato ou de sua autoria, afasta a responsabilidade administrativa (art. 126). Na verdade, o mesmo poderá ser dito quando decisão judicial, em ação civil, firmar um ou outro destes dois pontos” (De Mello, 2008, p.326)

O professor Hely Lopes Mirelles, afirma, que a condenação penal faz coisa julgada civil e administrativa, pois trata-se de uma de uma decisão mais garantista, vejamos:

Essas três responsabilidades são independentes e podem ser apuradas conjunta ou separadamente. A condenação criminal implica, entretanto, o reconhecimento automático das duas outras, porque o ilícito penal é mais que o ilícito

administrativo e o ilícito civil. Assim sendo, a condenação criminal por um delito funcional importa o reconhecimento, também, de culpa administrativa e civil, mas a absolvição no crime nem sempre isenta o servidor destas responsabilidades, porque pode não haver ilícito penal e existir ilícitos administrativo e civil.

A absolvição criminal só afasta a responsabilidade administrativa e civil quando ficar decidida a inexistência do fato ou a não autoria imputada ao servidor, dada a independência das três jurisdições. A absolvição na ação penal, por falta de provas ou ausência de dolo, não exclui a culpa administrativa e civil do servidor público, que pode, assim, ser punido administrativamente e responsabilizado civilmente. (Meirelles, Burle Filho, 2016, p. 616)

Em pleno acordo com Meirelles, Di Pietro aduz da mesma sorte: “quando o funcionário for condenado na esfera criminal, o juízo cível e a autoridade administrativa não podem decidir de forma contrária, uma vez que, nessa hipótese, houve decisão definitiva quanto ao fato e à autoria, aplicando-se o artigo 935 do Código Civil de 2002” (Di Pietro, 2018, p. 840)

4.3 FASES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

O processo administrativo disciplinar tem três fases distintas, quais sejam, instauração, inquérito e julgamento.

A instauração se dá, quando publicado o ato que institui a comissão julgadora que deve ser composta por três servidores estáveis, obrigatoriamente, sendo considerados impedido de compor a comissão, o cônjuge e parentes até o terceiro grau do acusado.

Dentre os três membros, um deles deve ser escolhido o presidente da comissão, pela autoridade competente. Esse deve ocupar cargo de provimento efetivo de mesmo nível hierárquico ou superior ao do servidor processado ou ter o mesmo nível de escolaridade ou superior ao do indiciado, de acordo com o art. 149 da Lei 8.112 de 1990, transcrito abaixo:

Art. 149. o processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observado o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. (BRASIL, 1990)

Nessa assentada aduz Matheus Carvalho, trazendo um exemplo que ensejou o estudo em questão, a saber:

O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, para que seja membro da comissão disciplinar, o servidor deverá ser estável no serviço público, não sendo imprescindível a estabilidade na carreira em que ele esteja exercendo suas funções. Com efeito, imagine-se um servidor público, Técnico Judiciário do TRT, que já havia adquirido estabilidade e, posteriormente, foi aprovado em concurso para Analista Judiciário do TRE. Se, no primeiro ano em que exerce as atividades de analista, for convocado para compor comissão disciplinar neste órgão, não haverá qualquer irregularidade, uma vez que já havia adquirido a estabilidade no serviço público, na função de técnico judiciário. (Carvalho, 2017, p. 886)

Passaremos ao estudo dessa estabilidade no próximo capítulo.

Para que seja instaurado o PAD, deve ser observado a prescrição, como aduz Alexandre Mazza, “Quanto aos prazos para apuração das faltas cometidas pelo servidor, será de: a) cinco anos: para faltas punidas com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão; b) dois anos: para condutas sujeitas a suspensão; c) cento e oitenta dias: para infrações puníveis com advertência.” (Mazza, 2018, p. 794). Estes prazos começam a ser contados a partir do conhecimento do fato.

A fase do inquérito, é aquela que se faz a instrução processual no primeiro momento; a citação do indiciado para no prazo determinado apresente sua defesa

com ou sem procurador constituído, no segundo momento; e por fim a elaboração do relatório pela comissão julgadora. Nas palavras de Matheus carvalho:

“O inquérito administrativo é a segunda fase do Processo Administrativo Disciplinar, que abarca toda a ideia de contraditório e ampla defesa. O inquérito se divide em três momentos diferentes: instrução probatória, citação do acusado com abertura de prazo e oportunização de defesa e elaboração do relatório. Ressalte-se que a apresentação de defesa pode ser feita pelo próprio acusado, não se exigindo a representação por advogado, conforme exposto na Súmula Vinculante n. 5 do Supremo Tribunal Federal.

Súmula Vinculante n. 5: A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.” (Carvalho, 2017, p. 887)

No mesmo diapasão, Bandeira de Mello, afirma “A instauração do processo dar-se-á com a publicação do ato que constituir a comissão (art. 151, I) e é seguida do inquérito, compreensivo de três partes: a instrução, a defesa e o relatório (art. 151, II). O inquérito desenvolver-se-á de acordo com o princípio do contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. ” (De Mello, 2008, p. 323).

Após a produção de provas, o réu terá prazo de dez dias para apresentar sua defesa, prazo este que pode ser de 15 dias quando a citação for por edital ou de 20 dias quando houver dois ou mais réus, prazo comum.

Elaborado o relatório, inicia-se a fase final do processo, que é a fase do julgamento, nesse momento o superior hierárquico, poderá seguir o relatório da comissão processante, ou discordar e mudar o entendimento, desde que, o faça de maneira fundamentada, vinculando-se aos motivos apresentados – Teoria dos Motivos Determinantes. É o que reza o art. 167 da lei 8.112/90, a saber:

"Art. 168. O julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos.

Parágrafo único. Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade"

Nesse sentido, ensina Matheus Carvalho, "Da leitura do dispositivo transcrito, o Supremo Tribunal Federal manifestou entendimento recente de que o relatório da comissão não é vinculante. Isso porque, segundo a Corte Suprema, parecer vinculante é aquele que, em nenhuma hipótese, pode ser contrariado." (Carvalho, 2017, p. 889)

Por derradeiro, o processo administrativo tem prazo de 60 dias podendo ser prorrogado por mais 60 dias, após esse interregno, o julgador terá mais 20 dias para proferir o julgamento ou arquivar o processo, prazo que pode ser prorrogado por mais 20 dias. Esses prazos são impróprios. Contudo, o STF já se posicionou a favor da prescrição intercorrente do processo administrativo disciplinar após o transcurso de 140 dias da instauração do PAD.

Após o julgamento podem ser interpostos, pedido de revisão e pedido de reconsideração, no âmbito federal e ainda encerrada todas as medidas administrativas, o servidor que considere a decisão injusta, poderá recorrer a via judicial.

Esclarecidos esses temas, que são de fundamental importância para entendermos sobre o tema tratado, passaremos a aprofundar o estudo acerca dos membros das comissões processantes e a estabilidade de que trata o art, 149 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União.

5. A ESTABILIDADE DOS MEMBROS DAS COMISSÕES PROCESSANTES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Cometida uma infração disciplinar é ato vinculado da administração pública, a apuração do ato e, ato contínuo, a devida aplicação punitiva, contra o infrator. Essa apuração pode ser via sindicância, quando se tratar de infrações puníveis com advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias; ou via processo administrativo disciplinar, quando aplicáveis as demais punições, já vistas no item 4.1.

Na hipótese de análise via processo disciplinar, deve ser instaurado, *ab initio*, com a publicação da portaria de constituição da comissão julgadora do PAD, que deve ser composta por 3 (três) servidores estáveis, sendo vedado na composição, cônjuge ou companheiro, parentes, ainda que por afinidade, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau. Como assevera o art. 149 da Lei 8.112 de 1990, *in verbis*:

Art. 149. o processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observado o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.

§ 1º A comissão terá como secretário servidor designado pelo seu presidente, podendo a indicação recair em um de seus membros.

§ 2º Não poderá participar de comissão de sindicância ou de inquérito, cônjuge, companheiro ou parente do acusado, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau. (BRASIL, 1990)

Estes são requisitos formais para a primeira fase do processo e a violação de qualquer deles, gera a nulidade do ato. Logo, se a comissão processante for composta por dois servidores estáveis e um não estável, o ato de instauração será nulo por vício formal. O mesmo ocorre, caso o presidente da comissão não atenda aos requisitos determinados ou constitua a comissão cônjuge e parentes do acusado até o terceiro grau.

Entende o excelso Superior Tribunal de Justiça, que a designação de servidor não estável para compor a comissão do PAD, não gera nulidade do processo se este adquirir a estabilidade antes do início da segunda fase do procedimento administrativo, qual seja, o inquérito, pois é nesse momento que será realizada a

instrução probatória, hipótese que não há prejuízo ao indiciado, segundo a decisão no Mandado de Segurança: 16927 DF 2011/0120824-1, a saber:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL. AGENTES PENITENCIÁRIOS FEDERAIS. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PAD. PENA DE DEMISSÃO. DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO PROFERIDA NO MS N. 2009.34.00.037833-8. VEDAÇÃO PARA CUMPRIR EVENTUAL PUNIÇÃO. DETERMINAÇÃO DIRECIONADA AO DIRETOR DO DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL - DEPEN, NÃO IMPEDINDO O MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA DE DECIDIR O PROCESSO DISCIPLINAR. NECESSIDADE DE COMISSÃO PRÉVIA. INEXISTÊNCIA. PARTICIPAÇÃO DE SERVIDOR NÃO ESTÁVEL NA COMISSÃO PROCESSANTE. MEMBRO QUE ALCANÇOU A ESTABILIDADE 15 DIAS APÓS CONSTITUÍDA A COMISSÃO, NÃO TENDO PRATICADO NENHUM ATO INSTRUTÓRIO DURANTE ESSE PERÍODO. NÃO HAVENDO O APONTAMENTO NEM TAMPOUCO A COMPROVAÇÃO DE EVENTUAL PREJUÍZO AOS IMPETRANTES, INCIDE O PRINCÍPIO DO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. ORDEM DENEGADA.

5.1 ESTABILIDADE NO CARGO X ESTABILIDADE NO SERVIÇO

Com efeito, a estabilidade dos componentes da comissão do PAD, não foi esclarecida pelo ordenamento jurídico, se trata de estabilidade no serviço público, em sentido amplo, ou estabilidade adquirida no cargo específico no momento que o servidor for designado para compor comissão julgadora. Essa ausência de clareza da norma, pode gerar nulidade do processo administrativo disciplinar, caso o membro processante não tenha passado pelo estágio probatório, pela avaliação especial de desempenho e adquirido estabilidade naquele cargo que ocupa no momento da designação para composição da comissão do art, 149, alhures.

Há entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça, considerando a estabilidade do servidor integrante de comissão de avaliação especial de desempenho, como sendo no cargo que ocupa e não no serviço público. A decisão foi proferida no recurso ordinário em mandado de segurança: RMS 35905 MG 2011/0227250-4, vejamos a ementa:

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO ESTADO DE MINAS GERAIS E PELO SERVIDOR. AVALIAÇÃO DE ESTÁGIO PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE OU AFASTAMENTO DE DISPOSITIVO LEGAL. **APENAS FOI DADA INTERPRETAÇÃO HARMÔNICA AO DIREITO INFRACONSTITUCIONAL APLICÁVEL À ESPÉCIE DE MODO A GARANTIR QUE OS SERVIDORES QUE INTEGRAM A COMISSÃO DE AVALIAÇÃO DE ESTÁGIO PROBATÓRIO SEJAM ESTÁVEIS NOS CARGOS QUE ATUALMENTE OCUPAM.** RECONHECIDA A IRREGULARIDADE DA COMPOSIÇÃO DA COMISSÃO DE AVALIAÇÃO DE ESTÁGIO PROBATÓRIO, DEVE SER ANULADO O ATO DE EXONERAÇÃO E DETERMINADA A REINTEGRAÇÃO IMEDIATA AO CARGO, COM AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-MATERIAIS DAÍ ADVINDAS, SEM PREJUÍZO DA INSTAURAÇÃO DE COMISSÃO REGULAR. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. (Grifo Nosso)

Segundo o ilustre professor José Afonso da Silva, a estabilidade é algo referente ao serviço público e não inerente ao cargo. Não se confundindo com o instituto da efetividade, que se relaciona diretamente com o cargo, a estabilidade se configura como uma garantia trazida pela magna carta, a fim de, assegurar uma permanência no cargo público, evitando demissões abusivas no âmbito do poder público. Vejamos:

A efetividade, como se vê, é um atributo do cargo, concernente à forma do seu provimento. Refere-se à titularidade do cargo definido em lei como de provimento

de caráter efetivo. Efetividade dá-se no cargo. É vínculo do funcionário ao cargo, e constitui pressuposto da estabilidade, pois, pelo visto, só o servidor efetivo pode adquiri-la. A estabilidade não se dá no cargo, mas no serviço público. É garantia do servidor, não atributo do cargo. A estabilidade, é, assim, um direito que a constituição garante ao servidor público.” (Da Silva, 2005, p.697,698)

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,

A aludida fixidez é uma característica do cargo (uma vocação deste), não de quem nele venha a ser provido. Seu titular só após três anos de exercício, período que corresponde ao estágio probatório, é que nele se efetiva e adquire estabilidade, se avaliado favoravelmente.[...] Cumpre, entretanto, advertir que a estabilidade confere o direito de permanecer no serviço público vinculado à atividade da mesma natureza de trabalho para a qual o servidor ingressou. (Mello, 2008, p. 301,302)

Assim, a estabilidade no serviço público como um todo é a garantia de permanência na administração pública, exercendo suas atividades no cargo efetivo correspondente. Com efeito, uma vez adquirida a estabilidade, num determinado cargo, não significa dizer que após a nomeação em outro cargo de provimento efetivo, o servidor já tem a estabilidade, pois ele precisa passar por um novo estágio probatório, uma nova avaliação especial de desempenho, e então adquirir a garantia constitucional o direito de permanecer nesse cargo, ou seja, a estabilidade, em atendimento ao princípio da isonomia, que não pode ser descartado.

Resta evidente, que a cada novo cargo de provimento efetivo, mediante aprovação em concurso público, sua posterior nomeação, posse e exercício, é obrigatório um novo estágio probatório, uma nova avaliação feita por comissão formada por servidores estáveis no cargo que ocupa, pra assim adquirir a estabilidade no cargo e com isso, também, todas as garantias e prerrogativas inerentes aquele

cargo novo, como vimos no item 3.1, quais sejam, direito de permanência no serviço público, direito a reintegração, recondução, readaptação, etc .

Devemos considerar que a possibilidade de participar das comissões de julgamento de processo administrativo disciplinar, também é uma das garantias do ordenamento infraconstitucional, inerentes ao servidor estável no cargo que ocupa no momento da designação para compor tais comissões. Não é isonômica a possibilidade de um servidor estável, nomeado em outro cargo efetivo, iniciando um novo lapso de três anos de estágio probatório, participar de comissões de processo administrativo disciplinar nesse novo cargo, com, por exemplo, 10 dias de efetivo exercício, com fundamento na estabilidade adquirida no cargo anterior, sobretudo, se o novo cargo for de nível superior ao antigo.

Por outra linha de raciocínio, aduz Matheus Carvalho:

O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, para que seja membro da comissão disciplinar, o servidor deverá ser estável no serviço público, não sendo imprescindível a estabilidade na carreira em que ele esteja exercendo suas funções. Com efeito, imagine-se um servidor público, Técnico Judiciário do TRT, que já havia adquirido estabilidade e, posteriormente, foi aprovado em concurso para Analista Judiciário do TRE. Se, no primeiro ano em que exerce as atividades de analista, for convocado para compor comissão disciplinar neste órgão, não haverá qualquer irregularidade, uma vez que já havia adquirido a estabilidade no serviço público, na função de técnico judiciário. (Carvalho, 2017, p. 886)

Com a devida vênia, não parece lógico imaginar que um servidor, integrante da carreira de técnico administrativo em determinado órgão, estável, é nomeado como analista judiciário, em órgão diverso, ainda que na mesma esfera administrativa, sem deter as garantias inerentes a esse novo cargo superior (o direito à recondução, à reintegração, ao aproveitamento e à disponibilidade), poder participar de processo administrativo disciplinar, que é o instrumento legal, responsável para exercer o Poder Disciplinar do Estado, determinando sanções aplicáveis, a cada infração no caso

concreto, mesmo sabendo que, da decisão das comissões não vincula a decisão do superior, que é quem de fato, aplica a sanção administrativa. A recomendação administrativa, emitida pela comissão processante, deve trazer o máximo de segurança jurídica, evitando assim nulidades por vícios formais, dessa forma, é pertinente que a interpretação do artigo 149 da Lei 8.112 de 1990, seja que a estabilidade contida nesse dispositivo, está relacionada ao cargo e não ao serviço público. Visto que, uma vez considerada a estabilidade no serviço, suficiente para a composição de comissão julgadora de processo administrativo disciplinar, o servidor assim considerado, poderá invocá-la para a percepção de outros direitos e garantias inerentes apenas aos servidores estáveis como estudado no item 3.1. Ora, se o servidor é considerado apto para participar de um processo disciplinar de cunho contencioso, pelo fato de ser estável num cargo anterior, seria justo que fosse assim considerado para assegurar-lhe todos os direitos da estabilidade. Porém, é pacífico na doutrina e jurisprudência, que para fazer jus as prerrogativas da estabilidade, o servidor deve passar por tantos quantos forem os estágios probatórios dos cargos ocupados e caso venha a exercer outro cargo de provimento efetivo, antes de adquirir a estabilidade no cargo ocupado, esta não é considerada e deve iniciar um novo lapso estágio probatório.

5.2 DIVERGÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA

A controvérsia do tema é inegável, gerando divergência até mesmo no egrégio Superior Tribunal de Justiça, com decisões antagônicas, sobre o tema entre a 1ª Seção e a 2ª Turma.

No Mandado de Segurança 17.583-DF, de Relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho e Relatoria para acórdão do Ministro Mauro Campbell Marques, julgado pela 1ª seção em 12/9/2012, o colendo tribunal, decidiu pela tese de a estabilidade estar relacionada ao serviço público e não no cargo ocupado, vejamos:

A Seção, por maioria, entendeu que não é nulo processo administrativo disciplinar – PAD conduzido por servidores que não possuam estabilidade no atual cargo que ocupam, desde que já tenham adquirido a estabilidade no serviço público. O art. 149 da Lei n. 8.112/1990 dispõe que o PAD

será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis. No caso, um dos membros da comissão processante ainda se encontrava em estágio probatório relativo ao cargo de auditor fiscal, mas, em virtude de já ter ocupado outro cargo por cerca de dez anos (técnico da Receita Federal), já era estável no serviço público. Ressaltou-se, ademais, que não se evidenciou nenhum prejuízo ao procedimento administrativo instaurado, visto que o referido servidor não havia participado da fase conclusiva, por ter sido substituído cerca de três meses depois de instaurado o processo. Acrescentou-se, ainda, que, em virtude da nova configuração administrativa, na qual são criados muitos órgãos correicionais, é comum encontrar servidores nesses quadros que não tenham estabilidade no cargo, embora sejam estáveis no serviço público. Por fim, asseverou-se que a Lei n. 8.112/1990, ao disciplinar o exercício do servidor em estágio probatório (art. 20, §§ 3º, 4º e 5º, Lei n. 8.112/1990) não veda sua participação em comissão de sindicância ou disciplinar. Portanto, a estabilidade exigida no art. 149 da mencionada lei deve ser aferida no serviço público, não no cargo.

Já no Agravo Regimental no RECURSO ESPECIAL Nº 1.317.278 - PE (2012/0065178-6), a 2ª turma decide de modo a assegurar a tese da estabilidade no cargo ocupado pelo servidor membro da comissão processante, vejamos:

ADMINISTRATIVO. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MEMBROS DA COMISSÃO PROCESSANTE. ESTABILIDADE NO CARGO E NÃO APENAS NO SERVIÇO PÚBLICO.

1. No caso concreto, dois dos membros da comissão processante não se apresentavam com estabilidade no cargo de auditor fiscal, à míngua dos três anos de exercício. Eles eram servidores da Receita Federal e Técnicos do Tesouro Nacional/Técnicos da Receita

Federal, mas, no cargo específico de Auditor Fiscal, não havia ainda completado o tempo de três anos para adquirem a estabilidade.

2. O art. 149 da Lei n. 8.112/90, quando estabelece que o processo disciplinar será conduzido por comissão composta por três servidores estáveis, tem por escopo assegurar a total independência desses servidores, de modo a evitar que sofram ingerência indevida da atual chefia. Trata-se, na verdade, de uma garantia do investigado, assim como é uma garantia do cidadão as prerrogativas conferidas aos membros da magistratura e do ministério público.

3. A simples estabilidade no serviço público não assegura ao servidor essa independência. Isso porque, o atual cargo é fruto de um desejo do servidor, que se submeteu a um novo concurso público e, portanto, afigura-se-lhe de considerável importância. Toda ameaça a bem valioso - o atual cargo pode ser assim considerado - é suficiente para intimidar, causar temor, receio, o que podem comprometer a imparcialidade no desempenho das funções a serem exercidas na comissão processante.

4. Portanto, em respeito ao art. 149 da Lei n. 8.112/90, os membros da comissão processante devem ser estáveis no atual cargo em que ocupam, e não apenas no serviço público.

Agravo regimental improvido.

Em mais um julgamento, a douta segunda turma do STJ, corrobora seu entendimento:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. COMISSÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO COMPOSTA POR SERVIDOR NÃO-ESTÁVEL. NULIDADE. O Estatuto dos

Servidores Públicos do Estado do Espírito Santo faz exigência das qualidades de efetivos e estáveis dos membros das Comissões de Processo Administrativo Disciplinar, impondo-se afirmar, em consequência, a nulidade do processo administrativo disciplinar que não tenha observado a norma em referência. Recurso ordinário parcialmente provido. (STJ - RMS: 24123 ES 2007/0093817-6, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 07/05/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 25/05/2009)

Corroborando a tese da estabilidade no serviço, não ser suficiente para o servidor compor comissão do PAD, a Nota Decor/CGU/AGU Nº 306/2007-PCN, com ementa publicada no Ementário Jurídico do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos da CGU/AGU, 2014, faz referência a estabilidade do servidor, a saber:

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADE. PARTICIPAÇÃO DE OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO SEM ESTABILIDADE. NOTA DECOR/CGU/AGU Nº 167/2005-ACMG E A INFORMAÇÃO Nº 244/2006- CGAU/AGU. LEI Nº 8.112/90, ART. 149. DIVERGÊNCIA. 1. O entendimento firmado na aludida Nota é que, de acordo com o art. 149 da Lei nº 8.112/90 resta prejudicada não somente a liberação de servidora como também os trabalhos anteriormente efetuados no processo disciplinar em razão de sua não estabilidade no cargo que ocupa. 2. Em sentido oposto, a Corregedoria-Geral, por meio da referida Informação, entende que o Processo Administrativo Disciplinar só é anulado quando há ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. 3. Prevalece o disposto na NOTA DECOR/CGU/AGU Nº 167/2005, ou seja, **a comissão processante deverá ser composta por servidores estáveis** a teor do que dispõe o já referido art. 149 da Lei nº 8.112/90, e também do que impera na jurisprudência do

STJ (RMS 6007/DF), sob pena de nulidade do procedimento administrativo disciplinar. (grifo nosso)

Por derradeiro, com fito de se demonstrar as consequências da nulidade processual, merece a reprodução na íntegra, o acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no processo nº: 0803156-52.2014.4.05.8000 - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO ementado da seguinte maneira:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. COMISSÃO PROCESSANTE INTEGRADA POR SERVIDOR NÃO ESTÁVEL. NULIDADE. SANÇÃO ILEGAL. REINTEGRAÇÃO NO CARGO. DANO MORAL. ATO OFENSIVO À DIGNIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. INDENIZAÇÃO. NÃO CABIMENTO. HONORÁRIOS. ART. 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.

1. A preliminar de impossibilidade jurídica do pedido fundamenta-se em questão de fundo, seu acolhimento demandaria cognição exauriente a respeito do próprio mérito. Preliminar rejeitada.

2. Ação proposta visando à reintegração do autor ao cargo público, sob fundamento de que o processo administrativo disciplinar que culminara na sua demissão restaria maculado, eis que a Comissão Processante foi integrada por servidor não estável, o que contrariaria o disposto no art. 149 da Lei nº 8.112/90.

3. O então Procurador Federal, membro da comissão que dera ensejo a demissão do Autor, foi admitido no emprego de Advogado na Fundação Nacional do Índio- FUNAI, em 1º de julho de 1986, sob o regime trabalhista da CLT, posteriormente sendo submetido ao Regime Jurídico Único estabelecido pela Lei nº 8.112/90, em caráter efetivo, ainda que sem se submeter ao concurso público exigido pela CF aos servidores estabilizados antes de sua promulgação.

4. O concurso público, até o advento da Constituição de 1988, não era exigido, como regra geral obrigatória para o ingresso no funcionalismo público. O art. 19, do ADCT, buscou garantir a estabilidade aos funcionários que exerciam suas funções de maneira instável há mais de cinco anos, ou seja, permitiu a garantia do emprego, não da estabilidade, requisito este considerado indispensável para figurar como membro de comissão processante.

5. É nula a decisão de constituição de comissão processante e de instauração de processo administrativo disciplinar composta por servidor não estável, eivando de nulidade todo o processo e a decisão de demissão, sendo necessária a reintegração no cargo do servidor demitido.

6. Prejudicada a análise do mérito do procedimento administrativo que ensejou a demissão do autor, uma vez que esta questão só poderá ser discutida após a instauração de um processo administrativo correto, em estrita obediência às normas constantes na Lei nº 8.112/90, o qual, inclusive, poderá resultar na sua demissão.

7. O autor deve ser reintegrado ao cargo de Procurador Federal na unidade de lotação "Núcleo de Assuntos de Previdência e Assistência Social- NUPAS/PF/AL, assegurados todos os direitos, inclusive, promoções e pagamentos de seus vencimentos não percebidos no período em que ficara afastado, compreendido entre o ato de demissão e sua reintegração, além do registro do período de desvinculação ilícita para contagem do tempo como de trabalho efetivo para todos os efeitos legais.

8. A demissão de servidor público, ainda que reconhecida formalmente ilegal, não prescinde de comprovação de ato arbitrário que tenha o condão de implicar postura

desonrosa ou vexatória ofensiva da dignidade da pessoa humana, não ensejando indenização por danos morais quando baseada em elementos razoáveis de prova por parte das autoridades administrativas. procedência, em parte, do pedido autoral, gerou a sucumbência recíproca. A visível

9. A desproporção entre a derrota de uma parte e a vitória da outra impõe reconhecer que a União decaiu da maior parte do pedido, razão pela qual, a teor do que dispõe o parágrafo único, do art. 21, do CPC, deve ela arcar com a condenação em honorários advocatícios fixados em 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. **Apelação do Autor provida, em parte (item 9), Apelação da União e Remessa Necessária improvidas.** (Grifo nosso)

6. CONSEQUÊNCIAS DE SE CONSIDERAR A ESTABILIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO

O que há de se observar, é que uma vez considerada a estabilidade no serviço público, o princípio constitucional da isonomia, que não admite tratamento desigual aos iguais, acaba por ser flagrantemente ferido, visto que o servidor estável no serviço, não necessariamente será, estável no cargo público, mas terá um tratamento diferenciado ao momento que integrar uma comissão processante de processo administrativo disciplinar, diferindo de servidores que também estejam em estágio probatório que não tenham adquirido estabilidade anterior, já que estes não poderão participar. O princípio da isonomia pode sim ser relativizado, porém isso acontece com o intuito de tratar os desiguais de maneira desigual, e os iguais de maneira igual, e não há desigualdade alguma, sob nenhum aspecto, quando se avalia a estabilidade do servidor, no cargo anterior, daqueles que a buscam no cargo sob estágio probatório. Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, podemos perceber o conceito da estabilidade e as garantias a partir do momento que o servidor a adquire, frise-se, garantias no serviço público, porém sempre ligadas ao cargo em que a adquire. Vejamos:

Após três anos de exercício subsequentes à nomeação por

concurso, o servidor público goza de estabilidade (art. 41). Para sua aquisição é obrigatória avaliação especial de desempenho, por comissão para tal fim instituída (art. 41, §4º).

Estabilidade é o direito de não ser desligado senão em virtude de:

(a) sentença judicial transitada em julgado (§ 1º, I, do mesmo artigo),

(b) processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa (§ 1º, II), ou mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa (§ 1º, III).

Adquirido este atributo, se for irregularmente demitido, tem direito à reintegração, e quem lhe ocupava o lugar será reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro ou passado para a inatividade remunerada, isto é, posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço. (Mello, p.286. 2008)

Percebemos então que a isonomia é presente, pois não existe, condições diferentes para aquisição da estabilidade. Todos os servidores, devem passar pelo mesmo procedimento, pelo mesmo interregno, e adquirem as mesmas garantias, quando considerado estável. Não existe motivo então, para que se considere a estabilidade em cargo anterior, como condição suficiente, para participar de comissão processante de PAD.

7. CONCLUSÃO

Diante de tudo quanto exposto, resta evidente que a estabilidade do servidor público após a emenda constitucional nº 19 de 1998, passou a ser adquirida após 3 anos de efetivo exercício do servidor ocupante de cargo de provimento efetivo, ou seja, aquele que depende de concurso público, após passar por estágio probatório e, ato contínuo, avaliação especial de desempenho, por comissão constituída para esse fim, composta por servidores estáveis no cargo.

Essa porém não é a única estabilidade existente no ordenamento jurídico, uma vez que o art. 19 do ADCT, determina que os servidores que, antes da promulgação da constituinte de 1988, ocupassem cargos públicos, há pelo menos 5 anos, continuados, se tornariam estáveis no serviço público. Dessa forma esses agentes, adquiriram a estabilidade, mas não a efetividade, significa dizer que apesar de estáveis no serviço, não ocupam cargo efetivo. Logo, estes, nesta condição, podem participar de comissões processantes de processo administrativo disciplinar, contudo, não podem ser presidentes da dita comissão, por ser, a efetividade, requisito formal para tanto.

Ademais, o processo administrativo disciplinar será instaurado quando, necessário a aplicação das penas de suspensão acima de 30 dias, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão e a destituição de função comissionada. Sendo a designada, *ab initio*, a comissão processante, composta por 3 servidores estáveis, mediante portaria, sendo vedado a participação de cônjuge ou companheiro e parentes até o terceiro, ainda que for afinidade, do indiciado.

Diante da divergência jurisprudencial, os fundamentos apresentados, por aquelas decisões, favoráveis a considerar, a estabilidade dos membros das comissões do PAD, como sendo no cargo, trazem maior segurança jurídica as comissões e ao indiciado.

Outrossim, não faz sentido considerar, um servidor que nomeado para um cargo, que já tenha adquirido a estabilidade noutra, para fazer parte da comissão de PAD nessa nova lotação, dada a antagonia que se instaura. Se esse servidor não detém todas as garantias da estabilidade, como a permanência no serviço, recondução, reintegração, aproveitamento e disponibilidade, não há de se falar em legitimidade para compor comissão processante de processo administrativo disciplinar, e caso ocorra, é plenamente possível a anulação do pleito, ocorrendo o desfazimento de todos os atos processuais, sem deixar prejudicado o indiciado.

Pelo aprofundamento no estudo, percebemos que o julgamento deve ser imparcial e totalmente independente entre os membros da comissão e o indiciado. Para tal, se faz necessário, que os servidores membros das comissões julgadoras,

sejam estáveis no cargo que ocupam, no momento da designação para compor a comissão, e não apenas estáveis no serviço. Isso implica em dizer, que a cada novo cargo efetivo, se faz necessário um novo estágio probatório, uma nova avaliação de desempenho e por fim adquirir a nova estabilidade no cargo, para só então, poder participar da comissão que irá processar o pleito, culminando com o relatório final, remetido ao superior, que determinará a sanção administrativa, acompanhando o relatório ou de maneira fundamentada, modificando a decisão, com base na teoria dos motivos determinantes, ou simplesmente arquivando o processo.

REFERÊNCIAS

BRITO, Leonardo Toscano de. A divergência no STJ quanto à estabilidade exigida para a comissão processante de PAD e a vinculação da autoridade julgadora ao seu parecer - mitigação. In: Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 20 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55241&seo=1>>. Acesso em: 31 out. 2018

BRASIL. Lei 8.112/90 de 11 de novembro de 1990. ESTATUTO DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. Senado Federal. BRASÍLIA, 18 de abril de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm>

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988

BRASIL. Constituição (1988). Ementa Constitucional n. 19, de 5 de junho de 1985. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas de Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988

BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). Controladoria-Geral da União. Ementário Jurídico do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos. 2. ed. Brasília: CGU/AGU, 2014.

BRASIL. STF – SÚMULA VINCULANTE Nº 43 – Data de Aprovação: 08/04/2015 Dje: 17/04/2015

BRASIL. STJ - RMS: 24123 ES 2007/0093817-6, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 07/05/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 25/05/2009.

BRASIL. STJ - MS: 17583 DF 2011/0225182-8, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 12/09/2012, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 03/10/2012.

BRASIL. STJ - AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.317.278 - PE 2012/0065178-6, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN; Data de julgamento: 28/08/2012, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/09/2012.

BRASIL. STJ - MANDADO DE SEGURANÇA Nº 16.927 - DF 2011/0120824-1 Relatora : Ministra REGINA HELENA COSTA; Data de julgamento: 10/05/2017, PRIMERA SEÇÃO, Data da Publicação: DJe 15/05/2017.

BRASIL. STJ – RMS 35905 – MG 2011/0227250-4, Relator: SERGIO KUKINA; Data de Julgamento: 26/02/2013, PRIMEIRA TURMA, Data da Publicação: DJe: 16/05/2013.

BRASIL. TRF-5 – APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO, processo nº: 0803156-52.2014.4.05.8000 – Relator: Desembargador Federal Cid Marcondi, Data de Julgamento: 10/03/2016, TERCEIRA TURMA

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo - 4. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo – 31.ed. Rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 8.ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

MEIRELLES, HELY LOPES. Direito Administrativo Brasileiro. 28 Edição. São Paulo. Editora Malheiros. 2003

MEIRELLES, Hely Lopes. BOURLE FILHO, José Emmanuel, Direito Administrativo Brasileiro. 42. ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26.ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2008.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. ed. São Paulo: Editotra Malheiros. 2005.