

A&C

Revista de Direito

Administrativo & Constitucional

Visite nosso *site* na Internet
www.jurua.com.br

ISSN: 1516 – 3210



Curitiba/Pr: Av. Munhoz da Rocha, 143 – Juvevê –
Fone: (041) 352-1200 – Fax: 252-1311 - CEP: 80035-000
São Paulo/SP: R. Jesuíno de Brito, 21 – Freguesia do Ó
Fone/Fax: (011) 878-0974 – CEP: 02925-140

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

Revista de Direito Administrativo & Constitucional.
R454 Curitiba: Juruá, n. 2, 1999.
254 p.

1. Direito administrativo – Periódicos. 2. Direito
constitucional – Periódicos. I. Título.

00397

CDD 342
CDU 342.951

O Novo Regime do Servidor Público Estável

Juarez Freitas¹

Sumário: 1. Introdução; 2. O princípio da estabilidade e as hipóteses de perda do cargo; 3. A perda do cargo do servidor estável com o objetivo de redução de despesas: a plausível alternativa derivada da concordância prática dos arts. 41 e 169 da Constituição Federal e outros aspectos; 4. Conclusões.

1. Introdução

Desde a promulgação da Emenda Constitucional 19/98, o instituto da estabilidade do servidor que entretém vínculo institucional (não-contratual) com o Poder Público, resultou altamente flexibilizado, ao menos de modo potencial. Entretanto, segundo a exegese que proporemos, não deve, de maneira nenhuma, ser endossada a inferência de que teria havido um quebra irremediável do mesmo. Convém advertirmos, com o devido respeito, o nosso enfoque se apresenta nuançado em relação até mesmo àquele difundido por vários dos constituintes derivados. De plano, conceitualmente, o princípio da estabilidade no serviço público pode ser enunciado como a proteção de alçada constitucional contra a perda do cargo público, conferida apenas a servidor efetivo, nomeado em razão de concurso público, após o desenrolar de um determinado período de estágio probatório (presentemente de três anos de real exercício no cargo) e mediante avaliação exitosa ao cabo do aludido estágio, não sendo suficiente o

¹ Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

mero transcurso do lapso temporal apontado. Indispensável, com efeito, a conjugação do prazo e da aprovação por intermédio de uma comissão designada para tal fim (CF, art. 41, § 4º). É este princípio da estabilidade do agente no serviço público, perante as mudanças protagonizadas pela Reforma, que examinaremos cuidadosamente nas linhas seguintes.

2. O princípio da estabilidade e as hipóteses de perda do cargo

À primeira vista, exsurtem quatro hipóteses excepcionalmente admitidas para a referida perda do cargo do servidor estável, conquanto uma delas, em realidade, deva ser albergada noutra, de sorte que, a bem do rigor científico, são mais propriamente três as situações em que se admite a desvinculação compulsória do agente dotado desta garantia. Uma a uma, cumpre fazermos menção às circunstâncias autorizadas desta perda de cargo público: (a) a primeira hipótese, nitidamente de cunho punitivo, segue sendo a sentença transitada em julgado (art. 41, § 1º, I, convindo averbar que, invalidada por sentença a demissão do servidor estável, aplica-se, neste caso, a regra prevista no § 2º); (b) a segunda hipótese (não necessariamente de penalidade demissória, em face das razões que articularemos adiante) concerne ao processo administrativo em que seja assegurada a ampla defesa e, por suposto, o contraditório (art. 41, § 1º, II) e (c) a relativa à insuficiência de desempenho, conquanto matéria carecedora de regulamentação através de lei complementar (CF, art. 41, § 1º, III), que tomara não resvale para o alargamento das clássicas veredas de triunfo do arbítrio. De modo inequívoco, tais hipóteses têm em comum o fato de, como regra, serem penalidades demissórias, ainda que a Segunda possa abarcar situação de mera desinvestidura, desde que julgada à dicção do art. 169, § 4º. Neste passo, o constituinte derivado (na linha do que já o fizera o originário) quis, no geral das vezes, punir severamente o servidor público que, de modo culposo grave ou doloso, contribuiu para se tornar insustentável a manutenção do vínculo institucional. Aludido liame parece como sanção extrema, vale dizer, como desliga-

mento punitivo, em função de o laço com o Poder ter restado, de modo irremissível, maculado pela conduta indevida do agente.

Eis que desponta uma suposta quarta hipótese autônoma, no topograficamente deslocado art. 169, § 4º, verdadeiramente abarcável na segunda possibilidade alencada, pois exige, também, processo administrativo com todas as garantias, algumas qualificadas em se tratando de servidor de carreira exclusiva do Estado (CF, art. 247). Por todos os motivos, é tal caso assaz peculiar que examinaremos, com maior vagar.

3. A perda do cargo do servidor estável com o objetivo de redução de despesas: a plausível alternatividade derivada da concordância prática dos arts. 41 e 169 da Constituição Federal e outros aspectos

Com efeito, a “quarta” hipótese, mais propriamente de desligamento sem conteúdo punitivo (dado que inexistente, neste passo, qualquer caráter sancionatório em decorrência de conduta do servidor), exige o mesmo processo administrativo estatuído no art. 41, § 1º, II, sem embargo de relevantes acréscimos de garantias, notadamente ao se cuidar da perda de cargos exclusivamente estatais, embora, por presunção, todos os atuais o sejam, sendo que qualquer disciplina em sentido diverso, em nosso entendimento, deveria, inclusive de “*lege ferenda*”, funcionar apenas “*ex nunc*”, aliás pelas mesmas salutares razões que levaram a Emenda Constitucional 19/98 a respeitar a simples expectativa de direito no caso dos estágios probatórios em andamento (art. 28 da Emenda).

Apresenta-se, a hipótese prevista no art. 169, § 4º, como um recurso derradeiro para fazer observar os limites de despesas com pessoal, estauídos em lei complementar (art. 169, “*caput*”). Destarte, se medidas prévias não renderem resultado suficiente, o servidor estável poderá, em última instância, perder seu cargo, “desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de

peçoal”, vedada a discricionariiedade pura. Antes, todavia, forçoso haver proibição de repasses (arts. 167, X e 169, § 2º), bem como a adoção das cautelas recomendadas no § 1º do art. 169, além do respeito ao prazo estabelecido na lei complementar para a adaptação aos parâmetros ali previstos e, o que é mais significativo, a redução de pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança e, ato contínuo, o desligamento dos não-estáveis. (Registre-se, bem de passagem, o conceito restritivo e algo atécnico de servidores não-estáveis, previsto no art. 33 da Emenda). Retomando: tais etapas, previstas sobretudo no art. 169, § 3º, devem ser, sucessivamente, ultrapassadas para só então encontrar guarida a possibilidade de perda do cargo do servidor estável com o objetivo de redução de despesas. Mais: lei federal terá de dispor sobre normas gerais a serem obedecidas na aplicação do § 4º. Embora não haja direito à manutenção do regime de trabalho público, deve, indubitavelmente, ser enviados todos os esforços normativos, nesta seara infraconstitucional, para que tal flexibilização não se converta em manobra eclipsante ou eliminação oblíqua do instituto da estabilidade no serviço público. Além disso, extinto o cargo objeto da redução, reza o art. 169, não poderá ser recriado, tampouco emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos, não por acaso, o tempo de um mandato.

Contudo a extinção sob comento torna-se intrigante e desafiadora se e quando conectada com o significado e o alcance do advérbio “só”, presente no art. 41, § 1º. Ora, se a perda do cargo de servidor estável apenas pode ocorrer naquelas três hipóteses, então deve prosperar a leitura que estamos preconizando, qual seja, a de que, no fundo, esta “quarta” hipótese se encontra encapsulada na prevista no inciso II do § 1º do art. 41. Vai daí a constatação decisiva: de modo diverso da versão ora dominante, mostra-se inteiramente plausível que, por intermédio de uma interpretação corretiva (rigorosamente dimanante do texto), sejamos capazes de encontrar uma inteligência dos dispositivos que propicie acentuar a concórdância prática dos preceitos em tela e que se revele apta a oferecer uma interpretação conforme, capaz de salvaguardar a proporcionalidade e impor o menor sacrifício aos servidores públicos, sempre

em sintonia com a premissa de que melhor consulta ao interesse público a menor precariedade possível nas relações de administração.

Ponderemos: a art. 41, § 3º, não de modo gratuito, assegura a disponibilidade remunerada para o caso de extinção do cargo ou declarada a desnecessidade do mesmo. Pois bem, veiculada tal garantia, brota o sinal veemente e insofismável de que o inciso II do § 1º do art. 41 não diz respeito, obrigatória e excludentemente, às penalidades disciplinares. Logo, elasticamente, alberga a hipótese do art. 169, § 4º. Assim sendo, aquele que vier a ser desligado por excesso de despesas, poderá optar (sim, o termo é optar) pela indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço, nos moldes previstos no art. 169, § 5º, ou pela disponibilidade remunerada proporcional, a qual, já implicará, à evidência, uma acomodação tendencial das despesas aos limites previstos na mencionada lei complementar, em virtude da proporcionalidade mesma da retribuição.

Por isto, semelhante interpretação, formulada à judiciosa consideração da comunidade jurídica, parece-nos ter o condão, se assim a acolher o Poder Judiciário e a própria Administração, de resgatar a imprescindível segurança do bom servidor público, ao menos uma certa medida. Parece-nos o caminho mais equilibrado, porquanto sem a tranqüilização do agente público probo, dedicado e eficiente, impossível edificarmos o clima propício para a consolidação do Estado essencial, nem máximo, nem mínimo. Inquestionável, desde logo, que subjacente a nosso posicionamento radica o justo apreço por aqueles que resolveram investir as suas mais elevadas energias numa carreira pública, a qual, bem entendida e praticada, exige e requer pronunciada abnegação, mormente à vista das múltiplas restrições imanentes ao regime publicista. Note-se que sob vários aspectos, a estabilidade nada mais representa do que uma realista contrapartida para imensas desvantagens trazidas por uma relação não-contratual, uma vez que o vínculo institucional abriga todo um leque de alterações unilaterais no regime de trabalho público e, pois, um risco atroz de iniquidades.

Outro aspecto que devemos colocar em relevo: a disponibilidade remunerada se apresenta como uma garantia indissociável, característica nuclear ou inerência ineliminável que figura no âmago do próprio instituto da estabilidade, sempre que o rompimento do vínculo institucional não suceder por ato ou omissão do próprio servidor. Destarte, eliminar a alternativa válida da disponibilidade proporcional, no caso configurado pelo art. 169, § 4º, seria irrefutável quebra (inconstitucional) do instituto, dado que os princípios não devem ser suprimidos ou fissurados (tão-somente relativizados mutuamente). Dito em outras palavras, apenas a flexibilização, quiçá já excessiva, é que nos aparece como suscetível de enquadramento ou de encontrar consonância com a letra e o “telos” do Estatuto Fundamental, a preponderar esta linha de concretização (para usar a expressão tão cara a KONRAD HESSE). Útil frisarmos: a interpretação principialista sustentada coaduna-se, de modo concomitante, com as exigências de abertura e de unidade (recorde-se a posição de CLAUS-WILHELM CANARIS, no particular) de nosso sistema constitucional reformado, donde servir de escudo contra soluções lineares e unilaterais.

De outra parte, a temática da avaliação periódica de desempenho requer breves considerações. Carecedora de regulamentação, indubitoso que a avaliação permanente já se mostrava dever incontornável, antes mesmo do advento da Emenda Constitucional 19/98, muito embora sejamos obrigados a reconhecer que, mercê de razões sociológicas, nem sempre vinha ocorrendo, ao menos com os cuidados impositivos. Impende observar que tal avaliação constante, louvável e conveniente, não deve servir, sob hipótese alguma, para perenizar ou restaurar a instabilidade inicial do vínculo, uma vez que a sua função primeira é a de, após a aquisição do direito individual de estabilidade, servir exatamente para garantir a possibilidade de, havendo insuficiência de desempenho por má-fé, falta de exação ou desídia, em lugar de o servidor estável ser posto em disponibilidade remunerada, ter processada a sua demissão. É preciso, entretanto, de modo manifesto e

irretorquível, que se caracterize a culpa grave ou dolo, ou seja, mister ver caracterizado o desempenho irresponsável e sem o mínimo de denodo para reversão do quadro.

Reatando a preocupação central: mormente quando a Emenda Constitucional 19/98 entendeu, com impropriedade, por suprimir a menção a regime único (não afastou o caráter unitário implícito, tema para outro estudo), mister grifarmos, enfaticamente, que as mudanças, no tocante à estabilidade, seriam e serão bem mais facilmente metabolizáveis se compreendidas, no limite, como dirigidas, de modo preferencial, “*pro futuro*” e, sobretudo, se de imediato cuidar o autoridade de alvejar as causas profundas do *déficit* público. Esta, sim, uma meta imposter-gável. O servidor público, notadamente ao exercer funções típicas e finalisticamente de Estado (funções-fins), carece de interpretações da Emenda 19/98, conducentes a enérgicos anteparos formais e substanciais contra perversidade de qualquer espécie. Tais anteparos não devem servir para a comodidade do agente público, mas para que este se revista da necessária couraça neste mundo de intempéries e de estonteante rotatividade no regime de trabalho em geral. Esta segurança mínima, longe de estimular a indolência, mostra-se benfazeja para o cumprimento da fidelidade plena aos princípios constitucionais, não aos chefes da hora. Vez por todas, a garantia patrocinada pelo princípio da estabilidade deve ser concebida, a despeito da reiteração de críticas acerbas, como uma proteção oferecida aos consumidores ou destinatários dos serviços públicos. Por conseguinte, não há motivo aceitável para antagonizar os bons servidores com os restantes membros da sociedade. Em lugar de hostilizar, uns e outros devem ser poderosos e sinérgicos aliados no superior desígnio de impedir que se “virtualize” o Estado brasileiro, como se este pudesse deixar de ser feito por pessoas e para pessoas, sem prejuízo, está claro, da luta contínua para que os agentes públicos pautem suas condutas sob o manto sagrado e finalístico da impessoal, independente e enraizada afirmação do interesse geral.

4. Conclusões

Recapitulando e à guisa de conclusões, devemos sublinhar determinados pontos nevrálgicos desta breve exposição, na esperança de vê-la perfeitamente clarificada. Pois bem, a Emenda Constitucional 19/98, ao modificar o art. 41 da Constituição Federal, suscitou inúmeras perplexidades, notadamente quando se efetua o cotejo deste dispositivo com o também alterado art. 169 da Carta. Primeiramente. Urge reiterar que estabilidade somente será adquirida, doravante, isto é, desde a promulgação da Emenda, após três anos, todavia sendo assegurado, nos termos do art. 26 da mesma, o prazo de dois anos de efetivo exercício para aquisição da estabilidade em relação aos servidores em estágio probatório, sem prejuízo da avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade (art. 41, § 4º). Depois, a estabilidade pressupõe o tempo mencionado de efetivo exercício, é dizer, descontada qualquer interrupção. E mais: somente poderão adquiri-la, sem inovação no particular, os nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público (excluídos os ocupantes de cargos em comissão e, é claro, os empregados públicos). Sem novidade no ponto, somente os concursados podem ser ocupantes de cargos efetivos em nosso sistema.

Agora, reavivem-se os principais desafios enfrentados na interpretação do significado e do alcance da Reforma no tocante ao princípio da estabilidade. O § 1º do art. 41 fez constar que o agente detentor desta garantia individual, de forte conteúdo social, somente (“só”) perderá o cargo nas três hipóteses ali arroladas. No entanto, o art. 169 introduziu uma “nova” modalidade (§ 4º). Será verdadeiramente nova? A resposta ofertada, neste escrito, foi no sentido de que, em substância, o inciso II do § 1º do art. 41 comporta ou agasalha a hipótese em tela, ao referir o processo administrativo em que seja assegurada a ampla defesa. E o que é mais valioso sulcarmos: extinto o cargo (vedada, nesta hipótese, a criação de outro, bem como emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas, nos termos do referido § 6º do art. 169), o servidor fará jus à indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço, porém, como gizado, o §

3º do art. 41, em sua nova dicção, assegura (sendo esta uma garantia individual do servidor e uma proteção intangível do próprio interesse público) que, havendo extinção do cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável deverá ficar em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo. Donde segue uma (aparente) antinomia, solúvel por uma adequada hierarquização axiológica. Com efeito:

I – não deve ser lida como indenização não-voluntária ou compulsória, mas alternativa, aquela prevista no art. 169, § 5º, em sinapse com § 3º do art. 41 da CF;

II – no rol dos estáveis, num sinal de respeito à vontade da Constituição e de resguardo do princípio constitucional da estabilidade, parece-nos plausível oferecer a opção de aceitar a indenização ou a disponibilidade remunerada proporcional, se for o caso do § 4º do art. 169, sempre lembrando ser esta uma circunstância extrema a ser evitada a todo transe;

III – a exegese proposta, sobre ser mais consentânea com os reclamos da dignidade conjugada à eficiência e sem que esta sacrifique àquela, também redundava praticamente em obediência aos limites da lei complementar (art. 169, “*caput*”), em face da proporcionalidade da remuneração, a qual, por si só, acarreta significativa redução do comprometimento das despesas públicas com pessoal;

IV – apesar de equívocos de propagação, a estabilidade não foi juridicamente quebrada e a disponibilidade remunerada configura inerência da estabilidade, pois sem aquela desfigura-se esta de modo irremediável;

V – não se pode contrapor os limites de uma lei complementar, por mais adequados e corretos que se presumam os seus desideratos, aos limites materiais intransponíveis do art. 60, § 4º da CF (cláusulas pétreas ou princípios sensíveis), o que reforça a proclamada alternatividade;

VI – a aludida lei federal, a teor do § 7º do art. 169 da CF, deve estabelecer normas gerais que respeitem e resguardem a arqui-

tetura teleológica da Carta, nesta linha de buscar o menor sacrifício possível e a maior solidez das relações institucionais;

VII – a estabilidade não significa, nunca significou, vedação de demissão do mau servidor, nem impedimento para que se realizem os remanejamentos imperativos à consecução das finalidades essenciais do Estado Democrático, todavia apenas se e quando forem respeitadas as garantias (entre as quais, a segurança nuclear de disponibilidade remunerada), é que extinções de cargo mostrar-se-ão justificáveis, em razão, por exemplo, de evolução tecnológica ou mesmo de mudança dos costumes;

VIII – a ato “normativo”, exigido a teor do § 4º do art. 169, sem que se tenha de invocar a teoria dos motivos determinantes, afasta, por inteiro, a discricionariedade pura (mormente em face dos ocupantes de carreiras típicas, que certamente haverão de ser os últimos a serem alcançados pela eventual incidência do dispositivo citado);

IX – a demissão do servidor estável deve ser, no plano concreto, aplicada apenas como penalidade administrativa extrema e não utilizada ou brandida como ameaça, de forma indiscriminada, cumprindo evitá-la, pois, como parte de estratégias lineares de corte ou de enxugamentos descriteriosos, ainda mais que não resultou aprovada a proposta original do governo de desligamento com vistas à mera reestruturação de quadros, tendo a reforma os exatos limites oriundos da perspectiva aqui salientada;

X – semelhante compreensão teleológica do art. 41, ao guardar fina sintonia com o princípio da concordância prática e em contato, por assim dizer, corretivo com o disposto no art. 169, parece-nos a mais benigna ou menos nefasta, sem embargo de, ao mesmo tempo, revelar suficiente força eficaz para ser, adequadamente, positivadora de plexo de intentos constitucionais.