

PARECER 12/2002

SERVIDOR CONCURSADO. ESTÁGIO PROBATÓRIO. EXONERAÇÃO. GARANTIAS. DEVIDO PROCESSO LEGAL. AMPLA DEFESA.

Consulta. Município de Independência.

Exoneração para os fins de cumprimento dos limites atinentes à despesa com pessoal definidos na Lei de Responsabilidade Fiscal. Obediência à ordem prescrita pela Constituição. Inteligência dos arts. 41 e 169, § 3º, da Lei Maior e art. 33 da Emenda Constitucional nº 19/98.

O Senhor Prefeito do Município de Independência consulta este Tribunal para dirimir dúvida acerca da aplicabilidade do § 3º do art. 169 da Constituição da República aos servidores públicos em estágio probatório, expressando a ilustre autoridade não restar clara a situação de tais servidores relativamente aos que detêm a estabilidade de que trata o art. 41 do mesmo diploma.

Os autos receberam a Informação nº 31/2002 da Consultoria Técnica, a qual conclui no sentido de que *"resta inalterada a prerrogativa da Autoridade Administrativa de exonerar os servidores em estágio probatório se e quando for conveniente para a Administração Pública, eis que tais servidores, não estão submetidos a qualquer ordem de exoneração, inclusive sob o enfoque daquela estabelecida pelos dois mencionados incisos do § 3º do artigo 169 da Constituição Federal"* (grifos dos autores).

Por solicitação do Exmo. Sr. Conselheiro Helio Saul Mileski a Consulta vem à Auditoria para exame e parecer, sendo a mim distribuída.

É o relatório.

A presente Consulta, importa registrar, preenche os requisitos regimentais de admissibilidade, devendo ser conhecida e respondida com a ressalva constante no § 2º do art. 138 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas.

No mérito, a matéria requer a análise das disposições constantes dos arts. 33 da Emenda Constitucional nº 19/98, 41 e 169, § 3º, da Constituição da República, com a redação que lhes deu a mencionada Emenda, para daí se extrair o correto tratamento a se dispensar à exoneração dos servidores públicos em estágio probatório aos fins da redução de despesa com pessoal disciplinada pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

Determina a Constituição, em seu art. 169, *"caput"*, que a despesa com o pessoal ativo e inativo dos entes federados não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar e, no parágrafo terceiro do mesmo dispositivo, que para o cumprimento dos aludidos limites, durante o prazo fixado na lei complementar, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:

I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;

II - exoneração dos servidores não estáveis.

Vai além a Constituição e preceitua no parágrafo quarto daquele artigo que, se as medidas adotadas não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar de que trata, poderá perder o cargo o servidor estável, desde que ato normativo motivado especifique a atividade funcional, o órgão ou a unidade administrativa objeto da redução de pessoal.

Como se percebe, a exoneração dos servidores públicos realizada para atender os limites definidos em lei complementar para a redução dos gastos com pessoal não se fará como

Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

bem entender o administrador público, mas deverá obedecer rigorosamente à ordem preestabelecida pela Constituição, qual seja: em primeiro lugar, detentores de cargos em comissão e funções de confiança até perfazerem redução de vinte por cento da despesa com tais cargos e funções; em segundo lugar, os servidores não estáveis e, por fim, os servidores estáveis.

No que tange aos servidores não estáveis, cuidou a Emenda Constitucional nº 19/98 de defini-los para a situação particularizada prevista no art. 169, § 3º, da Lei Maior, assim preceituando:

Art. 33. Consideram-se servidores não estáveis, para os fins do art. 169, § 3º, II, da Constituição Federal aqueles admitidos na administração direta, autárquica e fundacional sem concurso público de provas ou de provas e títulos após o dia 5 de outubro de 1983.

E é precisamente neste aspecto que reside a dúvida da autoridade consulente: se, para o atendimento da ordem preestabelecida pela Constituição no art. 169, § 3º, visando o cumprimento dos limites hoje definidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, servidor não estável é somente aquele admitido na administração sem concurso público após o dia 5 de outubro de 1983, em que momento caberia a exoneração do servidor em estágio probatório, considerando-se a possibilidade de exoneração também do servidor estável para os mesmos fins?

O primeiro aspecto a considerar é o de que houve, na espécie, omissão do legislador da aludida Emenda Constitucional, na medida em que não previu a exoneração do servidor não estável - aquele que assim o é em razão do não cumprimento do estágio probatório -, para o cumprimento das metas atinentes à redução de gastos com pessoal.

Considerando que todo e qualquer servidor público nomeado para prover cargo efetivo só alcança estabilidade no serviço público após três anos de efetivo exercício - assim reza a Constituição no art. 41, "caput"-, é elementar que o servidor em estágio probatório é igualmente "servidor não estável".

Ocorre que, ao definir servidor não estável para os fins do art. 169, § 3º, da Constituição, dele não tratou o art. 33 da EC nº 19/98 e, portanto, duas premissas se colocam à reflexão: a primeira, a de que a omissão foi proposital, ou seja, deliberadamente o legislador constituinte afastou a exoneração do servidor em estágio probatório e, neste caso, ou porque o considerou exonerável a qualquer momento ou porque o considerou não exonerável; a segunda, a de que a omissão não foi proposital, configurando-se verdadeira lacuna constitucional a ser resolvida através de adequada construção jurídica.

Penso estarmos frente à segunda hipótese, isto porque nem o servidor em estágio probatório é exonerável a qualquer momento, segundo o juízo de conveniência da Administração, nem o é jamais exonerável.

Todos sabem que a Constituição da República de 1988 não deixou dúvidas, premiando o ingresso no serviço público através do concurso público de provas ou de provas e títulos. Agride portanto a lógica e o próprio espírito da Constituição que se interprete de forma assistemática as suas disposições para se extrair a conclusão de que aquele servidor que prestou concurso público e que logrou aprovação, ingressando no serviço público da forma como a Constituição o quer, possa ser exonerado a qualquer momento, segundo a mera conveniência do administrador.

Parece-me que não. Exonerável a qualquer momento o é o servidor comissionado ou o que detém função de confiança, cujo vínculo com a Administração é marcado pela precariedade. Afirmar que o servidor público aprovado em concurso público deva, como o servidor que provê cargo em comissão ou função de confiança, ser exonerado do serviço público quando conveniente ao administrador é violar o princípio isonômico, igualando situações absolutamente desiguais.

Certo é que o servidor em estágio probatório não tem garantia de permanecer no cargo, dado que seu vínculo com o serviço público não tem a garantia da estabilidade; contudo, nomeado que foi para prover cargo público, sua exoneração condicionar-se-á à observância de certos pressupostos, sob pena de configurar desvio de poder.

Importa neste contexto lembrar que, ainda que discricionário fosse o ato de exoneração

Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

do servidor em estágio probatório - e não o é - ainda assim está ele balizado, pelos fins fixados na lei e pela realidade dos motivos invocados pelo Poder Público.

Sobre a matéria, assinala Maria Sylvania Zanella di Pietro, *verbis*: (1)

Algumas teorias têm sido elaboradas para fixar limites ao exercício do poder discricionário, de modo a ampliar a possibilidade de sua apreciação pelo Poder Judiciário.

Uma das teorias é a relativa ao desvio de poder, formulada com esse objetivo; o desvio de poder ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou. Quando isso ocorre, fica o Poder Judiciário autorizado a decretar a nulidade do ato, já que a Administração fez uso indevido da discricionariedade, ao desviar-se dos fins de interesse público definidos na lei.

Outra é a teoria dos motivos determinantes, já mencionada: quando a Administração indica os motivos que a levaram a praticar o ato, este somente será válido se os motivos forem verdadeiros. Para apreciar esse aspecto, o Judiciário terá que examinar os motivos, ou seja, os pressupostos de fato e as provas de sua ocorrência. Por exemplo, quando a lei pune um funcionário pela prática de uma infração, o Judiciário pode examinar as provas constantes do processo administrativo, para verificar se o motivo (a infração) realmente existiu. Se não existiu ou não foi verdadeiro, anulará o ato.

Assim é que, se o servidor em estágio probatório pode ser legitimamente exonerado em decorrência de sua incapacidade ou falta de atributos para o exercício do cargo, o será se tais pressupostos estiverem devidamente comprovados em processo administrativo formal, no qual lhe tenham sido asseguradas as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Se o estágio probatório existe para que o servidor demonstre apresentar condições para o exercício do cargo, tais como moral, assiduidade, disciplina, eficiência, é evidente que o desempenho insatisfatório é fundamento legitimador à sua exoneração, contudo, desde que constatada a sua incapacitação através do devido processo legal e com base nos parâmetros elencados na lei.

Neste sentido, devo registrar que, ainda antes da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal já havia sacramentado jurisprudência através das Súmulas n^{os} 20 e 21 que rezam, respectivamente:

Súmula 20: É necessário processo administrativo, com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso;

Súmula 21: Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade.

Igual exigência está implícita no art. 5^o, inc. LV, da Constituição que assegura aos acusados em geral, nos processos judicial e administrativo, o contraditório, a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes.

E é nesta posição que se alinham recentes decisões dos Tribunais Superiores, das quais, se destacam:

Servidor estadual em estágio probatório: exoneração não precedida de procedimento específico, com observância do direito à ampla defesa e ao contraditório, como impõe a Súmula 21-STF; nulidade. (2)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. EXONERAÇÃO DE SERVIDORES CONCURSADOS. ESTÁGIO PROBATÓRIO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. AMPLA DEFESA.

1. Os servidores públicos concursados, nomeados e empossados, que estejam em estágio probatório, gozam dos direitos constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa quando em processo de demissão ou exoneração.

2. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça

3. Recurso provido. (3)

Oportuno que se extraiam os seguintes excertos da decisão do Superior Tribunal de Justiça cuja ementa é supratranscrita:

A toda evidência, a Constituição Federal assegura aos servidores estáveis que a perda

Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

de seus cargos somente se processará mediante o devido processo administrativo onde lhes será dada a oportunidade da ampla defesa.

Dispõe, com efeito, o atual artigo 41 da Constituição Republicana, verbis:

"Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para o 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;**

(...)."

Por outro lado, independente de serem efetivos ou estarem em estágio probatório, a todo servidor concursado é dado o direito ao devido processo administrativo e à ampla defesa em face da sua exoneração.

É o que se depreende da boa doutrina, valendo invocar o magistério de Lúcia Valle Figueiredo:

"De outra parte, a exoneração de funcionários ainda não estáveis também deverá ser precedida de processo administrativo, em que se dê a garantia de defesa. E, claro, a motivação do ato de exoneração faz-se indispensável.

(...)

O concurso é a regra para contratação de quaisquer servidores ou empregados. A dispensa não se pode verificar desmotivadamente se tiver havido concurso. É preciso ter fundamento jurídico, pouco importa que os empregados possam não ser estáveis. Estáveis não são, mas, se prestaram concurso público, têm o direito de não ser despedidos aleatoriamente, portanto, exceto quando haja razão suficiente." (in Curso de Direito Administrativo, 4ª edição, Malheiros, págs. 539/540).

Assim, o direito à ampla defesa e ao devido processo legal são direitos subjetivos intrínsecos aos servidores concursados, independentemente de já estarem acobertados ou não pelo manto da estabilidade (grifos do autor e nossos).

Como se vê, as garantias asseguradas pela Constituição ao servidor em estágio probatório e reconhecidas pelas antigas e recentes decisões dos Tribunais Superiores sinalam que sua exoneração não se fará discricionamente.

Por outro lado, se para o cumprimento dos limites com a despesa de pessoal, medidas drásticas prevêm inclusive a exoneração do servidor estável, é evidente que exonerável será o servidor em estágio probatório para aquele fim, contudo, exonerável segundo a ordem que se deduz do espírito e da lógica da Constituição.

Com base nestas considerações, e nas disposições do art. 169, § 3º, da Constituição, a construção jurídica que se haverá de fazer é portanto singela, ou seja, para o cumprimento dos limites estabelecidos pela Lei Complementar nº 101/2000, os entes federados deverão, no prazo por ela fixado, exonerar nesta ordem:

a) os servidores que provêm cargos comissionados e funções de confiança, reduzindo em pelo menos vinte por cento as despesas com tais cargos e funções;

b) os servidores não estáveis, assim considerados **os servidores** que tenham sido admitidos na administração direta, autárquica e fundacional **sem concurso público** de provas ou de provas e títulos após o dia 5 de outubro de 1983;

c) os servidores não estáveis, assim considerados **os servidores concursados** em estágio probatório nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, e, por fim,

d) os servidores estáveis.

Com base nas razões expostas, opino seja conhecida a presente Consulta, endereçando-se à autoridade consulente resposta nos termos deste pronunciamento.

É o parecer.

Auditoria, 16 de maio de 2002.

HELOISA TRIPOLI GOULART PICCININI

Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

Auditora Substituta de Conselheiro

- (1) *In* Direito Administrativo. Ed. Atlas, 8ª ed., 1996, p. 181.
- (2) Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 2222532/MG. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 08-08-2000.
- (3) Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 9.408 - SE (1998/0004033-1). Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, 10-10-2000.

Processo nº 10525-02.00/01-2
/rj

DECISÃO: O Tribunal Pleno, **em sessão de 19-06-02**, à unanimidade, acolhendo o Voto da Senhora Conselheira-Relatora, decide encaminhar cópia do Relatório e Voto da Senhora Conselheira-Relatora, bem como do Parecer nº 12/2002 da lavra da Auditora Substituta de Conselheiro Heloisa Tripoli Goulart Piccinini, acolhido nesta data, para que possam servir de subsídio à Autoridade Consulente na análise e no convencimento que lhe compete acerca do suscitado.