

EXCELENTÍSSIMO/A SENHOR/A CONGRESSISTA

1

Referente ao PL 116/17 – demissão de servidor estável por insuficiência de desempenho

A FEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DO JUDICIÁRIO FEDERAL E MPU - FENAJUFE, entidade sindical de segundo grau, inscrita no CNPJ sob o número 37174521/0001-75, com sede em Brasília, Distrito Federal, no SCS, Quadra 01, Bloco "C", Edifício Antônio Venâncio da Silva, 14º Andar, CEP 70.395-900, vem, por meio de seus advogados ao final assinados, apresentar

NOTA TÉCNICA

com a finalidade de auxiliar na análise do PL 116/17, o qual discute a perda do cargo de servidor estável por insuficiência de desempenho, com suporte nos fundamentos que passa a expor.



I. DO INSTITUTO DA ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO

a) Conceito

2

O instituto da estabilidade é previsto no *caput* do art. 41 da Constituição Federal:

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

Segundo magistério de Hely Lopes Meirelles, “*estabilidade é a garantia constitucional no serviço público outorgada ao servidor que nomeado por concurso de caráter efetivo, tenha transposto o estágio probatório (...)*”¹.

A estabilidade é, portanto, um direito constitucional do servidor de permanecer no serviço público, protegido de demissões arbitrárias e ilegais. Para que o servidor possa obter este benefício, deve ter prestado concurso público para cargo efetivo e, ainda, ser nomeado em cargo previsto em lei específica da categoria, além de cumprir o estágio probatório.

b) Origem

A partir da Revolução Francesa, o Estado ganhou novos vetores. Como forma de negação ao regime anterior, houve uma clara necessidade de se limitar e regulamentar melhor o Poder e sua forma de exercício.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20ª ed. São Paulo. Editora Malheiros, 1995, p. 383



O garantismo e a proteção aos direitos do cidadão passaram a ser a maior *forma de limite à arbitrariedade* e, por conseguinte, a base justificadora da existência do Estado.

3

Os horrores trazidos pelas duas grandes Guerras Mundiais no século XX, notadamente aqueles conduzidos pelos regimes nazifascistas, densificaram ainda mais as garantias e os direitos do cidadão. Isso tudo traz alguns efeitos, dentre eles o de que os Estados devem primar, tanto quanto possível for, por uma *atuação objetiva e ileso*. Assim, uma das premissas é a da igualdade.

No Brasil, viu-se a necessidade de criar um mecanismo capaz de estabilizar o serviço e o servidor público, diante dos problemas advindos da alternância partidária no comando do Estado, que após o pleito eleitoral, efetuava mudanças no quadro de pessoal, promovendo a exclusão dos opositoristas, gerando grandes prejuízos à prestação dos serviços.

A criação do instituto da estabilidade do servidor público tem base no *princípio da continuidade*, também chamado de *princípio da permanência*, que consiste na proibição da interrupção total do desempenho de atividades do serviço público prestadas à população.

Com a criação do instituto da estabilidade, encerraram-se as demissões em massa de agentes públicos, garantindo a continuidade dos serviços primordiais à sociedade e proporcionando certa independência à Administração Pública nas funções exercidas. Em quase todas as Constituições brasileiras, o instituto da estabilidade foi tratado direta ou indiretamente.



Constituição Federal de 1824²:

Em 1º de outubro de 1828 foi instituída lei regulamentando, no âmbito municipal, as Câmaras de Vereadores, que possuíam a atribuição de administração local, com poderes de organização, arrecadação de tributos e sua aplicação.

A Câmara possuía em seu quadro funcionários empregados nomeados, um secretário de livre nomeação e exoneração, um procurador com mandato pré-definido de quatro anos, um porteiro, seus ajudantes, fiscais e seus suplentes com mandato também estabelecido para quatro anos, conforme arts. 79 – 83 da CF/1824³

Era garantida a estabilidade, durante o mandato do procurador e dos fiscais.

Constituição Federal de 16 de julho de 1934:

A CF de 1934 foi a primeira a inserir a nomenclatura “funcionários públicos”, prevendo certa organização no serviço público. Embora não tenha utilizado o termo estabilidade, inovou ao prever este direito ao servidor público:

Art. 169. Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e em geral, depois de dez anos de affectivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciaria ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e no qual lhes será assegurada plena defesa.

^{2 2} BRASIL, Constituição. **Constituição Política do Império do Brasil**, Elaborada em 25 de março de 1824.

³



Parágrafo único. Os funcionários que contaram menos de dez anos de serviço efectivo não poderão ser destituídos dos seus cargos, senão por justa causa ou motivo de interesse público.

Este direito constitucional foi suprimido por meio da Emenda Constitucional nº 3, de 18 de dezembro de 1935:

5

O funcionario civil , activo ou inactivo, que praticar acto ou participar de movimento subversivo das instituições políticas e sociaes, será demitido, por decreto do Poder Executivo, sem prejuízo de outras penalidades e ressalvados os efeitos da decisão judicial que no caso couber.

Constituição Federal de 1937:

A CF de 1937 reintroduziu quase que a totalidade daqueles direitos previstos na anterior:

Art. 156. O poder Legislativo organizará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo aos seguintes preceitos desde já em vigor:

c) Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em todos os casos, depois de dez anos de exercício, só poderão ser exonerados em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, em que sejam ouvidos e possam defender-se.

Constituição Federal de 1946:

A CF de 1946 não trouxe muitas alterações, todavia, elucidou que os agentes públicos nomeados para cargos de confiança ou de livre nomeação e demissão, não possuíam estabilidade:

“Art. 188. São estáveis:

I- Depois de dois anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados por concurso;



II- Depois de cinco anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados sem concurso.

Parágrafo único – O disposto neste artigo não se aplica aos cargos de confiança nem aos que a lei declare de livre nomeação e demissão.

Constituição de 1967:

Foi mantida a estabilidade, todavia, somente aos funcionários efetivos nomeados por concurso público:

Art 99. - São estáveis, após dois anos, os funcionários, quando nomeados por concurso.

§ 1º - Ninguém pode ser efetivado ou adquirir estabilidade, como funcionário, se não prestar concurso público.

~~§ 2º - Extinto o cargo, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada, com vencimentos integrais, até o seu obrigatório aproveitamento em cargo equivalente.~~

§ 2º - Extinto o cargo ou declarada pelo Poder Executivo a sua desnecessidade, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

Nas disposições transitórias, a Constituição de 67 estabilizou os servidores, independentemente do regime, mas que já tivessem completado o mínimo de 5 anos de exercício.

Mais tarde, o Ato Institucional nº 5, AI-5, baixado em 13 de dezembro de 1968, e que vigorou até dezembro de 1978, produziu um elenco de ações arbitrárias de efeitos duradouros. Definiu o momento mais duro do regime, dando poder de exceção aos governantes para punir arbitrariamente os que fossem inimigos do regime ou como tal considerados.

Com isso, o instituto da estabilidade foi suspenso e o AI-5 passou a ser utilizado como forma de punição aos servidores:



Art. 6º - Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de: vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo.

§ 1º - O Presidente da República poderá mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo, assim como empregado de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e demitir, transferir para a reserva ou reformar militares ou membros das polícias militares, assegurados, quando for o caso, os vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço.

§ 2º - O disposto neste artigo e seu § 1º aplica-se, também, nos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

7

Constituição de 1969:

A Constituição de 1969 não trouxe grandes inovações sobre o tema. Esta Constituição foi um pouco mais branda em relação à aquisição da estabilidade, pois por meio do art. 109, inc. III, abriu-se a possibilidade de estabelecer outros requisitos para adquirir a almejada estabilidade, a ser tratado por lei ordinária.

Constituição Federal de 1988:

Em 05 de outubro de 1988, a Constituição Federal, após anos de ditadura militar, disciplinou a estabilidade, que com a Emenda Constitucional nº 19 de 1998, possui a seguinte disposição:

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.



§ 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.

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

Ficou estabelecido nos Atos das Disposições Transitórias

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.

1º O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do *caput* deste artigo, exceto se se tratar de servidor.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei.

A CF de 1988 ampliou o direito à estabilidade, *conferindo a todos os servidores públicos*.

II. DA PERDA DO CARGO. SERVIDOR PÚBLICO



Conforme dispõe o parágrafo 1º e os incisos do art. 41 da Constituição Federal, o servidor público estável só perderá o cargo em virtude de *sentença judicial transitada em julgado, mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa ou mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.*

9

Processo Administrativo Disciplinar

O processo administrativo disciplinar é o meio adequado que a Administração Pública dispõe para apurar eventuais infrações disciplinares cometidas por servidores públicos e, conseqüentemente, aplicar as sanções disciplinares cabíveis.

Segundo Meirelles (1994, p. 96):

O processo administrativo disciplinar é o meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração. Tal processo baseia-se na supremacia especial que o Estado mantém sobre todos aqueles que se vincula a seus serviços ou atividades, definitivas ou transitoriamente, submetendo-se à sua disciplina. É um processo punitivo, mas com tais peculiaridades e tanta freqüência na prática administrativa que merece destaque dentre seus congêneres, mesmo porque os estatutos dos servidores geralmente regulamentam a sua tramitação para cada órgão ou entidade estatal interessada. O processo administrativo disciplinar é sempre necessário para a imposição de pena de demissão, ao funcionário estável, tendo a jurisprudência entendido que também o é para o efetivo, ainda em estágio probatório. Para os demais servidores o ato demissório dependerá das exigências constantes do estatuto ou das normas especiais pertinentes, podendo a apuração de falta ser feita por meios sumários, desde que assegurada a defesa.



A Administração Pública, por meio do processo administrativo disciplinar e mediante regras **devidamente previstas em lei**, como a Lei 8.112/1990, pode e deve controlar as atividades dos seus servidores públicos, principalmente no que se refere ao cumprimento de suas obrigações funcionais, bem como deverá detectar o eventual desrespeito de proibições administrativas e penais tipificadas.

10

Importante acrescentar, que o processo administrativo disciplinar tem por meta, tão somente, a apuração do ilícito administrativo, visto que, após encerrados os trabalhos e proferida a decisão, esta somente apresenta repercussão na esfera administrativa.

Assim, conclui-se a conceituação no sentido de que o processo administrativo disciplinar é o mecanismo utilizado para, atendido os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, solucionar conflitos de interesses, destinado a apurar responsabilidades de servidores por infração praticada no exercício de suas atribuições ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontra investido. Inclusive, sendo possível a perda da sua estabilidade e por consequência sua demissão.

Quanto às penalidades que podem ser impostas por meio do PAD, disciplina Di Pietro (2009, p. 103):

“Na aplicação da penalidade será considerada a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.”

O ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar. Assim, a punição imposta



ao servidor público através do processo administrativo disciplinar se faz, respeitado o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Expõe Braz (2009, p. 143) que “[...] *as penalidades disciplinares admitidas são as de advertência; de suspensão; de demissão; de cassação de aposentadoria ou disponibilidade e de destituição de cargo em comissão ou função comissionada*”. (grifou-se)

11

Sendo assim, *a demissão é a penalidade mais gravosa* para o servidor público que está em pleno exercício de suas atividades funcionais. A demissão é imposta àquele que praticou uma falta gravíssima, cuja **ação ou omissão** causou prejuízo tão elevado ao órgão público que, após devidamente apuradas e configuradas a autoria e a materialidade infracional, determinaram o desligamento do servidor do quadro do funcionalismo público.

Dessa forma, atualmente, conforme as previsões legais, já se faz presente a possibilidade de demissão do servidor público, não sendo a sua estabilidade um instituto intocável ou desprovido de questionamentos.

a) DO PROJETO DE LEI Nº 116 DE 2017

O projeto de lei - PL nº 116 de 2017 -, de autoria da Senadora Maria do Carmo Alves, visa à regulamentação do artigo 41, § 1º, da Constituição Federal, para dispor sobre a perda do cargo por insuficiência de desempenho do servidor público estável, estabelecendo a obrigação aos órgãos e entidades da Administração Pública direta, autárquica e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados,

do Distrito Federal e dos Municípios, de avaliar o desempenho profissional dos respectivos servidores públicos.

O projeto faz ressalva quanto às carreiras voltadas ao exercício das funções exclusivas do Estado. Nelas estariam incluídas as Forças Armadas, a Polícia, a Diplomacia, a arrecadação de impostos, a administração do Tesouro Público e a Administração de pessoal do Estado, assim como as atividades definidoras de políticas públicas, cujo tratamento distinto foi previsto no artigo 247 da Constituição Federal.

Em Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sob a Relatoria do Senador Lasier Martins, foi proferido voto pela aprovação do PLS n.º 116, de 2017, com a apresentação de substitutivo.

Assim sendo, cabe rebater alguns pontos apresentados, em especial, aquele em que discorda da opinião manifestada pela FENAJUFE em audiência pública, no sentido da inconstitucionalidade formal do projeto por vício de iniciativa.

III. DAS INCONSTITUCIONALIDADES DO PL N° 116 DE 2017

Desde já, vale transcrever alguns trechos do Parecer que serão pontualmente rebatidos, a fim de se reiterar a inconstitucionalidade formal do r. projeto. Vejamos

“De início, observamos que, a teor do art. 41, § 1º, III, da Constituição Federal, o legislador nacional tem o dever de editar lei complementar reguladora do procedimento de avaliação periódica de desempenho dos servidores públicos, avaliação essa que pode resultar na perda do cargo do



servidor estável ineficiente. Essa mesma lei, por força do **art. 247 da Carta Política**, deve estabelecer critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado.

(...)

Não resta dúvida de que a lei complementar a que se referem os citados dispositivos constitucionais **é nacional. Embora os Estados e Municípios possam editar leis complementares, sempre que a Constituição de 1988 se referiu a leis complementares de outros entes que não a União, fê-lo deixando claro que a eles se dirigia.**

(...)

E, no caso específico, tendo o constituinte havido por bem tratar a estabilidade do servidor público de modo uniforme para todas as esferas da Federação, não faria sentido deixar ao talante de cada ente político a regulamentação da matéria, o que, no limite, poderia conduzir a **regimes bastante diferenciados de aferição do desempenho funcional, com reflexos sobre a extensão da estabilidade assegurada pela Carta Magna.**

Se o Congresso Nacional é competente para editar a lei referida no art. 41, § 1º, III, não é menos verdade que a iniciativa dessa mesma lei seja franqueada a qualquer parlamentar, pois a reserva de iniciativa conferida ao Presidente da República pelo art. 61, § 1º, II, c, só alcança o regime jurídico específico dos servidores públicos federais, não assim a disciplina do processo de perda do cargo por insuficiência de desempenho aplicável aos servidores públicos de todos os entes federados. Com efeito, não faria o menor sentido conferir ao Presidente da República, que é Chefe do Poder Executivo federal, a iniciativa privativa para uma lei que irá regular a situação dos servidores públicos de todos entes federados. Discordamos, portanto, da opinião manifestada em audiência pública pela representante da Federação Nacional dos Trabalhadores do Judiciário Federal e Ministério Público da União (Fenajufe), no sentido da inconstitucionalidade do projeto, por vício de iniciativa.”

O art. 61, § 1º, II, c, da CF prevê a iniciativa privativa do chefe do Executivo na elaboração de leis que disponham sobre servidores públicos, **regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria**:



Art. 61 §1.º São de **iniciativa privativa** do Presidente da República as leis que:

(...)

II – disponham sobre:

(...)

b) Servidores Públicos da União e Territórios, *seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria* (grifou-se)

14

Isto é, no momento em que o Relator do Projeto na CCJ afirma que a reserva de iniciativa conferida ao Presidente da República alcança somente o regime jurídico específico dos servidores públicos federais, ele, na verdade, realiza interpretação equivocada e limitada do dispositivo constitucional, ausente de métodos específicos de exegese.

Em um primeiro momento, por uma leitura simples do dispositivo, interpreta-se que a iniciativa privativa do Presidente da República não se restringe ao regime jurídico, mas se estende claramente **ao provimento de cargos, à estabilidade**, e à aposentadoria. Ou seja, dispor sobre a estabilidade dos servidores públicos da União e dos Territórios está dentro das iniciativas privativas do Presidente da República.

Não só isso, utilizando o **princípio da simetria** das Constituições Estaduais, atesta-se que compete privativamente ao Chefe do Executivo Estadual dispor sobre os mesmos temas, inclusive, sobre a estabilidade dos servidores públicos a ele vinculados. Vejamos, como exemplo, a Constituição do Estado de São Paulo:

Artigo 24 - A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao



Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 2º - **Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado** a iniciativa das leis que disponham sobre:

4 - servidores públicos do Estado, seu **regime jurídico**, **provimento de cargos**, **estabilidade** e aposentadoria;(NR)

15

Assim, a competência para dispor sobre a estabilidade dos servidores públicos da União é do Presidente da República, e dos Estados e dos Municípios, por simetria, é do Chefe do respectivo ente. Quer dizer, ao contrário do alegado no Parecer, o Chefe do Executivo não disporá sobre lei que regulará a situação dos servidores públicos de entes diversos, tendo de cada Chefe a iniciativa para a regulação por meio de lei complementar própria.

Ademais, o Parecer do Relator da CCJ afirma que é competência do Congresso Nacional a edição da lei complementar prevista no art. 41, §1º, III, CF, em razão da omissão legislativa que há tempos prepondera no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, o Parecer deixa de realizar a análise da Constituição Federal em uma leitura completa, pois desvincula os artigos que merecem ser analisados conjuntamente.

O princípio do efeito integrador, regente dentre os métodos interpretativos da Constituição, dispõe que além de criar uma certa ordem política, toda Constituição *necessita produzir e manter a coesão sócio-política, enquanto pré-requisito ou condição de viabilidade de qualquer sistema jurídico*⁴.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 3ª Edição, Ed. Saraiva, p. 117.



Ora, se o art. 61, § 1º, II, “c”, da CF, prevê que é iniciativa privativa do Presidente da República dispor sobre a estabilidade dos servidores públicos e há a previsão de que lei complementar deverá regulamentar o procedimento de avaliação periódica de desempenho, por consequência, da interpretação surge a seguinte conclusão: *é de iniciativa do Chefe do Executivo, dispor, por meio de lei complementar, sobre a avaliação periódica de desempenho, que trará repercussão imediata e direta sobre a estabilidade dos servidores públicos referente ao seu ente federado.*

De maneira ainda mais enfática, equivocou-se o Parecer do Relator na medida em que macula de monta o **princípio da justeza ou da conformidade funcional**. Significa que, de acordo com o teor meritório do mencionado Parecer, a exegese deturpa sobremaneira o sistema organizatório-funcional estabelecido na Constituição, com violação às regras de competência e funções elencadas.

Nesse sentido é a doutrina de Pedro Lenza, quando afirma:

“O intérprete máximo da Constituição, no caso brasileiro o STF, ao concretizar a norma constitucional, será responsável por estabelecer a força normativa da Constituição, não podendo alterar a repartição de funções constitucionalmente estabelecidas pelo constituinte originário, como é o caso da separação de poderes, no sentido de preservação do Estado de Direito⁵”

Nesse sentido, possui vício de iniciativa o PLS 116 uma vez que não foi de iniciativa do Presidente da República no caso dos servidores

⁵ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 17ª Edição, Ed. Saraiva, p. 160.



federais e não foi de iniciativa dos demais Chefes dos Executivos para os demais entes federados.

Para mais, busca-se editar uma lei complementar com a pretensão de regular o procedimento de avaliação periódica de desempenho de todos os servidores públicos, sejam eles federais, estaduais ou municipais, independentemente da previsão de cada ente federal.

A partir disso, o Parecer justifica que a regulação por cada ente federado levará a *regimes bastante diferenciados de aferição do desempenho funcional, com reflexos sobre a extensão da estabilidade*.

Ora, em que pese ser de iniciativa privativa do Presidente da República dispor sobre a estabilidade dos servidores públicos, com base no princípio do paralelismo, cada Chefe do Poder Executivo a que se vincula poderá regular os procedimentos de avaliação periódica de desempenho. Apesar disso, não poderão, com base no **princípio do paralelismo**, dispor de maneira diversa e contrária ao que se prevê na lei complementar federal ou, ainda, na Constituição Federal.

Em suma, pelo princípio da simetria, as regras previstas nas leis orgânicas municipais não podem desatender ao que prevê a Constituição Estadual para hipótese similar, bem como a Constituição Estadual deve seguir o que prevê a Constituição Federal.

O STF inclusive já se pronunciou sobre o assunto, julgando inconstitucional Lei Complementar, de iniciativa parlamentar, que dispõe acerca da jornada de trabalho e carga horária dos servidores do sistema de ensino de Santa Catarina:



Processo legislativo: normas de lei de iniciativa parlamentar que cuidam de jornada de trabalho, distribuição de carga horária, lotação dos profissionais da educação e uso dos espaços físicos e recursos humanos e materiais do Estado e de seus Municípios na organização do sistema de ensino: **reserva de iniciativa ao Poder Executivo** dos projetos de leis que disponham sobre o regime jurídico dos servidores públicos, provimento de cargos, **estabilidade** e aposentadoria (art. 61, II, § 1º, c).

[**ADI 1.895**, rel. min. **Sepúlveda Pertence**, j. 2-8-2007, P, DJ de 6-9-2007.]

Certamente é de difícil conceituação o instituto regime jurídico, insito na alínea c, inciso II, § 1º, do art. 61, CF/88. De qualquer sorte, não há como dissentir que se trata de direitos e deveres dos servidores públicos. Além da especificidade que traz a alínea c, quando trata de **estabilidade** (objeto direto do PLS 16/2017) e direcionando a competência ao Chefe do Executivo, aduz sobre *regime jurídico e provimento de cargos*.

A locução constitucional regime jurídico dos servidores públicos corresponde ao "conjunto de normas que disciplinam os diversos aspectos das relações, estatutárias ou contratuais, mantidas pelo Estado com os seus agentes"⁶.

Por quaisquer métodos interpretativos constitucionais, não há de se conceber a cisão entre provimento, regime jurídico e demissão (hipótese legal de vacância do cargo). A própria ideia de processo administrativo disciplinar, a partir do "procedimento" trazido no PLS 116/17, traz a concepção de direito do servidor. Por óbvio, ter um processo disciplinar ético com lisura e imparcialidade é **um direito** imputado ao servidor. Assim, traz em sua gênese a natureza de **regime jurídico** do

⁶ADI 2.867, rel. min. Celso de Mello, j. 3-12-2003, P, DJ de 9-2-2007.



servidor, apto a atrair a iniciativa do Presidente da República a fim de legislar na matéria.

Não há qualquer razoabilidade e ordem político-constitucional em atribuir ao Chefe do Executivo a iniciativa de legislar acerca de provimento de cargos e regime jurídico do servidor e, por outro lado, conceder a outro Poder (Legislativo no presente caso) a iniciativa de legislar sobre hipótese de "perder" tal cargo, ou seja, sua vacância e disponibilidade de novas investiduras.

A relação do servidor com o Estado se inicia antes mesmo do provimento e investidura. Calha dizer que já na inscrição de um certame já existe liame, não funcional, porém jurídico entre Poder Público e administrado. Quando da investidura, a relação jurídico-funcional se incrementa e, certamente, conduz-se para a posterior fase de "destituição", "demissão", ou qualquer meio de vacância ou mesmo extinção de tal cargo.

Por essa razão, impossível manejar a Constituição Federal a ponto de subverter a expressa harmonia entre os Poderes no momento de se legislar acerca do servidor público, seu regime jurídico, provimento de cargos e a vacância do mesmo, sem mencionar a aposentadoria também expressa no artigo constitucional. As punições aplicadas ao servidor, do modo como articuladas no PLS 116/17 e corroboradas no Parecer do Senador Lasier Martins, fazem parte não só da estabilidade mas sobretudo do regime jurídico do servidor público, atraindo a competência de instauração do processo legislativo ao Presidente da República.



Senão vejamos:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 10.076 DE 02 DE ABRIL DE 1996 DO ESTADO DE SANTA CATARINA, PELA QUAL FORAM CANCELADAS PUNIÇÕES APLICADAS A SERVIDORES CIVIS E MILITARES NO PERÍODO DE 1º DE JANEIRO DE 1991 ATÉ A DATA DE SUA EDIÇÃO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 2º E 5º, XXXVI, 61, § 1º, II, C, DA CONSTITUIÇÃO. Plausibilidade do fundamento da inconstitucionalidade formal, dado tratar-se de lei que dispõe sobre servidores públicos, que não teve a iniciativa do Chefe do Poder Executivo estadual, como exigido pela norma do art. 61, § 1º, II, c, da Constituição, corolário do princípio da separação dos Poderes, de observância imperiosa pelos estados membros, na forma prevista no art. 11 do ADCT/88. Conveniência da pronta suspensão de sua eficácia. Cautelar deferida” (ADI 1.440-MC, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 1º.6.2001 – grifos nossos).

]

Projeto. Iniciativa. Servidor público. **Direitos e obrigações. A iniciativa é do Poder Executivo, conforme dispõe a alínea c do inciso II do § 1º do art. 61 da CF. (ADI 2.887, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 4-2-2004, Plenário, DJ de 6-8-2004.)** No mesmo sentido: ADI 3.166, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 27-5-2010, Plenário, DJE de 10-9-2010; ADI 1.201, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 14-11-2002, Plenário, DJ de 19-12-2002.

“É da iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo lei de criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração, bem como que disponha sobre regime jurídico e provimento de cargos dos servidores públicos. Afronta, na espécie, ao disposto no art. 61, § 1º, II, a e c, da Constituição de 1988, o qual se aplica aos Estados-membros, em razão do princípio da simetria.

(ADI 2.192, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 4-6-2008, DJE de 20-6-2008)

Lei estadual que **dispõe sobre a situação funcional de servidores públicos: iniciativa do chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, a e c, CR/1988). Princípio da simetria.**

(ADI 2.029, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 4-6-2007, P, DJ de 24-8-2007 = ADI 3.791, rel. min. Ayres Britto, j. 16-6-2010, P, DJE de 27-8-2010)



" O art. 61, § 1º, II, c, da CF prevê a iniciativa privativa do chefe do Executivo na elaboração de leis que disponham sobre servidores públicos, regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria. Por outro lado, é pacífico o entendimento de que as regras básicas do processo legislativo da União são de observância obrigatória pelos Estados, "por sua implicação com o princípio fundamental da separação e independência dos Poderes". Precedente: ADI 774, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 26-2-1999. **A posse, matéria de que tratou o diploma impugnado, complementa e completa, juntamente com a entrada no exercício, o provimento de cargo público iniciado com a nomeação do candidato aprovado em concurso. É, portanto, matéria claramente prevista no art. 61, § 1º, II, c, da Carta Magna, cuja reserva legislativa foi inegavelmente desrespeitada.**

ADI 2.420, rel. min. Ellen Gracie, j. 24-2-2005, P, *DJ* de 25-4-2005= RE 583.231 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, j. 8-2-2011, 1ª T, *DJE* de 2-3-2011

Além de tudo o que já foi rebatido, aponta-se, ao final, que o Parecer apresenta o art. 247 da Constituição Federal como dispositivo capaz de reafirmar a possibilidade de se estabelecer critérios e garantias especiais para a perda do cargo do servidor estável. No entanto, não se atenta ao seu parágrafo único que afirma que: *“na hipótese de insuficiência de desempenho, a perda do cargo somente ocorrerá mediante processo administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa”*.

Isto é, ainda que seja feita uma avaliação de desempenho, esse juízo deve ser imediatamente seguido de um processo administrativo disciplinar que, só então, será capaz de afetar a estabilidade do servidor público e causar a perda do cargo.



A alegação do Parecer da CCJ é de que o termo *procedimento* apresentado no art. 41, § 1º, III, da Constituição Federal, não deixa de ser um processo administrativo, sendo tão somente um rito mais abreviado.

22

Ora, tal fundamentação é um tanto descabida e inconstitucional, afinal, a Constituição Federal foi expressa ao fazer a distinção entre processo e procedimento. Na hipótese de insuficiência de desempenho já atestada por meio de um procedimento de avaliação periódica de desempenho, previsto em lei complementar, a perda do cargo somente ocorrerá após a instauração do processo administrativo em que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, nos termos do parágrafo único do art. 247 da Constituição Federal.

Por isso, não se trata somente de um rito mais simplificado para o processo administrativo, mas, sim, de um procedimento necessário e que antecede aquele que prevê a instauração do processo administrativo para a perda do cargo do servidor público que foi avaliado com insuficiência de desempenho.

E, mais, não se trata de uma análise aplicável somente aos servidores públicos que desenvolvam atividades exclusivas de Estado, como pretende afirmar o Relator do Parecer na CCJ. Trata-se da leitura e da interpretação aglutinativa de toda a Constituição Federal que não apresenta expressões vazias, uma vez que usou o termo *procedimento* de avaliação periódica de desempenho, quando poderia ter deixado expresso que se pretende regulamentar um processo específico e suficiente para a perda do cargo.



Nesse sentido, ao usar o termo *procedimento*, a partir da interpretação de toda a Constituição Federal, nota-se que a lei complementar, de iniciativa do Chefe do Executivo, apenas irá proceduralizar em quais termos ocorrerá a avaliação de desempenho para atestação da insuficiência do servidor, que só poderá perder o cargo após a instauração do processo administrativo disciplinar.

23

Desta forma, a propositura, ao se imiscuir em matéria de competência privativa do Poder Executivo, violou o princípio da harmonia e independência entre os Poderes, contemplado na Constituição Federal (art. 2º), bem como no art. 61, § 1º, inciso II, alínea c, também da Carta Maior que trata do processo legislativo.

IV. CONCLUSÃO

À vista de tudo isso, o Projeto de Lei do Senado nº 116, de 2017 em análise, com o Parecer da Comissão de Constituição Justiça e Cidadania, padece de vício de inconstitucionalidade, seja pelo aspecto formal, seja pelo viés material como já delineado anteriormente.

É a análise.

Brasília/DF, 19 de setembro de 2017.

DIRETORIA EXECUTIVA DA FENAJUFE

CEZAR BRITTO & ADVOGADOS ASSOCIADOS