

LEANDRO BORTOLETO

Coleção
TRIBUNAIS e MPU

Coordenador
HENRIQUE CORREIA

SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL

Leis 8.112/90 e 11.416/06

PARA OS CONCURSOS DE TÉCNICO E ANALISTA DOS TRIBUNAIS E DO MPU

4.^a edição

revista e atualizada

2018

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO I

LEI Nº 8.112/90: DISPOSIÇÕES PRELIMINARES, PROVIMENTO, VACÂNCIA, REMOÇÃO, REDISTRIBUIÇÃO E SUBSTITUIÇÃO

1. REGIMES JURÍDICOS FUNCIONAIS E O REGIME JURÍDICO ÚNICO

Coexistem diferentes regimes no ordenamento jurídico brasileiro pelos quais o Estado se relaciona com o seu pessoal. Há o regime estatutário, o trabalhista e o especial.

O **regime estatutário ou legal** é aquele em que o **conjunto de regras reguladoras do servidor com a Administração está inserido em lei específica, conhecidas como estatuto**. É uma lei. O **vínculo** estabelecido entre o servidor público estatutário e o ente público não é contratual, e sim **legal**.

O regime estatutário é aplicável a quem?

Esse regime **é próprio das pessoas jurídicas de direito público**, assim, é admitido na administração direta, nas autarquias e nas fundações com regime de direito público. Não é possível sua adoção nas pessoas jurídicas de direito privado (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas com regime de direito privado). Nas pessoas de direito público, o regime estatutário **é restrito aos ocupantes de cargo público**, não servindo aos empregados públicos.

Como dito, o estatuto é uma lei específica. Mas lei de qual ente?

Não há uma lei só. Pelo contrário, há diversas leis e, portanto, vários estatutos, pois cabe a cada ente político legislar a respeito, ou seja, cada Município e cada Estado podem ter os seus. Por exemplo, o estatuto dos servidores públicos civis federais está previsto na Lei nº 8.112/90 e, de outro lado, o estatuto dos servidores públicos civis do Estado de São Paulo está inserido na Lei Estadual nº 10.261/68 e o estatuto dos servidores do Município do Rio de Janeiro, na Lei Municipal nº 94/79.

Não obstante todos os **entes políticos** possuam competência legislativa para dispor sobre o estatuto, o conjunto de normas referente aos seus servidores deve,

obrigatoriamente, observar as **disposições constitucionais** a respeito como, por exemplo, sobre a forma de ingresso, a acumulação de cargos, a aposentadoria e o teto remuneratório.

O **regime trabalhista ou celetista ou contratual** é aquele **aplicável aos empregados públicos**, que são aqueles contratados para trabalhar na Administração Pública sob o **regime trabalhista, celetista**. Ao contrário do estatutário, no regime celetista a **relação de emprego é regulada pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT)** e, dessa forma, os Municípios, os Estados e o Distrito Federal não possuem **competência para legislar sobre direito do trabalho**, pois é competência **privativa da União (art. 22, I, CF)**. Significa que o regime trabalhista é o mesmo em todos os níveis.

O **regime trabalhista pode ser aplicável tanto para as pessoas jurídicas de direito público quanto para as pessoas jurídicas de direito privado**. Em ambos os casos, a CLT é o diploma normativo regulador da relação de emprego. A diferença, basicamente, entre ser celetista na administração direta, autarquia ou fundação pública com personalidade de direito público e em empresa pública ou sociedade de economia mista diz respeito, em verdade, à condição do empregador e não à do empregado. Isto é, **o regime jurídico é o mesmo: o celetista**.

Assim, por exemplo, dois empregados em um mesmo Município – um em empresa pública municipal e o outro na administração direta municipal – possuem os mesmos direitos e deveres face à CLT, todavia, se ambos necessitarem ingressar com reclamações trabalhistas, o desfecho pode ser diferente, pois os bens da empresa pública podem ser penhorados (pessoa jurídica de direito privado) e os do Município, por sua vez, não (pessoa jurídica de direito público).

No caso específico da **União**, há a **Lei nº 9.962/00**, que dispõe sobre o **regime de emprego público do “pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional”**, e prevê um tratamento levemente diferenciado para os empregados públicos das pessoas jurídicas federais de direito público. Determina a aplicação da CLT, no art. 1º e, por outro lado, impõe restrições à rescisão unilateral do contrato de trabalho, nos termos do art. 3º.

De toda forma, o mais relevante é compreender que **o regime trabalhista existe na Administração Pública, seja direta, seja indireta, e é regulado pelas disposições celetistas**. Entretanto, como o empregador é a Administração Pública, deve haver submissão dos empregados públicos às disposições constitucionais pertinentes como, por exemplo, o ingresso por concurso público e a vedação de acumulação de cargos e empregos públicos.

Há, ainda, o **regime especial**, que é aquele **aplicável aos servidores temporários**. É um regime específico, de natureza administrativa, estabelecido em lei específica.

Destaca-se que o foro competente para solucionar os litígios envolvendo os agentes administrativos varia conforme o regime jurídico adotado. Assim, se for celetista, seja na administração direta, seja na indireta, será competente a Justiça

do Trabalho. Em outro sentido, se for estatutário ou temporário, a competência será da justiça comum, federal ou estadual, conforme o caso.

Assim, para enfatizar, salienta-se que a Lei nº 8.112/90 traz o estatuto dos servidores públicos civis federais e os litígios dele decorrentes serão dirimidos na Justiça Federal.

1.1. Regime Jurídico Único

Antes da Constituição de 1988, admitia-se a coexistência de regimes diferentes na Administração Pública e, para pôr fim a essa situação, a nova ordem constitucional instituiu a obrigatoriedade de existência de regime jurídico único.

Nesse sentido, o **art. 39, caput, em sua redação original:**

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios **instaurarão**, no âmbito de sua competência, **regime jurídico único** e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

Pois bem, qual regime devia ser eleito como único?

O constituinte foi omissivo a respeito, suscitando **divergência doutrinária**, uns entendendo que deveria ser o **regime estatutário (Hely Lopes Meirelles)**, outros sustentando que **o ente político poderia optar entre o regime estatutário e o celetista para ser aplicado na administração direta, nas autarquias e nas fundações** (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Celso Antônio **Bandeira de Mello** e José dos Santos **Carvalho Filho**) e, ainda, existindo a defesa de que **cada ente poderia escolher um regime para sua administração direta e outro para suas autarquias e fundações**¹.

Desse modo, muitos Estados escolheram o regime estatutário e, para tanto, elaboraram suas próprias leis, e grande parte dos Municípios optou pelo regime celetista².

Na **esfera federal**, na administração direta, autarquias e fundações públicas, havia estatutários, regidos pelo estatuto então vigente (Lei nº 1.711/52), bem como celetistas. Para cumprir a exigência do regime jurídico único, inaugurado com a ordem constitucional, **houve a opção, na União, pelo regime estatutário e, assim, entrou em vigor, em 1990, a Lei nº 8.112/90**, estabelecendo esse regime como sendo o **regime jurídico único da administração direta federal, de suas autarquias e fundações públicas**. Inclusive, no art. 243, § 1º, do estatuto, **houve a transformação dos empregos públicos em cargos públicos, isto é, os celetistas tornaram-se estatutários**.

1. Conforme síntese elaborada por José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de direito administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 548).

2. MORGADO, Almir. *Manual de direito administrativo*. Niterói: Impetus, 2008. p. 117

Todavia, a obrigatoriedade de só um regime não durou muito, pois a **Emenda Constitucional nº 19/98** alterou a redação daquele dispositivo:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes (redação dada pela EC 19/98).

Com isso, **foi extinta a exigência do regime jurídico único.**

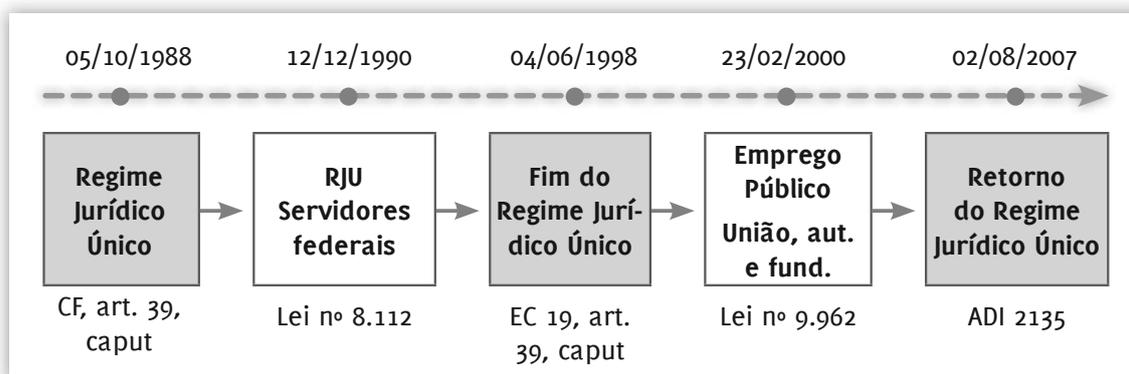
Com fundamento na nova redação do *caput* do art. 39, na esfera federal, a **Lei nº 9.962/00** trouxe de volta a possibilidade de existir **emprego público na administração direta federal e em suas autarquias e fundações públicas, juntamente com o regime estatutário.**

Entretanto, em 2007, o Supremo Tribunal Federal, na ADI 2135, concedeu medida liminar para **suspender a eficácia do art. 39, caput**, da Constituição, por vício formal na aprovação da Emenda nº 19/98, com efeitos *ex nunc*, “subsistindo a legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa”. Com isso, volta a valer a redação original daquele dispositivo constitucional.

A exigência do regime jurídico único está de volta. Com ele, ressuscita-se, na doutrina, a discussão sobre qual deve ser o regime jurídico único. Mas, não obstante a celeuma doutrinária, é possível notar na decisão da suprema corte uma inclinação para a escolha do regime estatutário, pois, após haver menção à falta de *quorum* qualificado para a aprovação da alteração pretendida no art. 39, *caput*, destaca-se que se manteve, “**assim, o então vigente caput do art. 39, que tratava do regime jurídico único, incompatível com a figura do emprego público**”.

Deve ser ressaltado que, naquela decisão, manteve-se a legislação editada após a EC 19/98 e anterior ao julgamento da ADI. Assim, na esfera federal, a **Lei nº 9.962/00 continua em vigor** e as contratações realizadas com fundamento nela permanecem intactas. Todavia, após a decisão do STF, **não podem ocorrer novas contratações** valendo-se daquela lei.

Isso significa que, na esfera federal, entre os anos de 2000 e 2007, foi possível a contratação de empregados públicos para as pessoas jurídicas de direito público. No entanto, após a decisão do STF, tal prática está vedada. Em resumo, se for pessoa jurídica de **direito privado integrante da administração indireta federal** (empresa pública, sociedade de economia mista e fundação pública com personalidade de direito privado), a contratação será sob o **regime celetista** (empregados públicos) e, por outro lado, se for pessoa jurídica de **direito público** (União, autarquia federal, fundação pública federal com personalidade de direito público), o regime jurídico deverá ser o **estatutário**, isto é, será o estabelecido pela **Lei nº 8.112/90, salvo se for contratação temporária**, quando será aplicada a Lei nº 8.745/93.



2. DISPOSIÇÕES PRELIMINARES (ARTIGOS 1º A 4º)

Título I
Capítulo Único
Das Disposições Preliminares

Art. 1º Esta Lei institui o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas federais.

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público.

Art. 3º Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.

Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão.

Art. 4º É proibida a prestação de serviços gratuitos, salvo os casos previstos em lei.

2.1. Âmbito de aplicação da Lei nº 8.112/90

Conforme visto anteriormente, a característica do regime estatutário é a pluralidade normativa, pois cada ente político tem competência para legislar a respeito, desde que obedecidas as disposições constitucionais sobre o tema.

Assim, a Lei nº 8.112/90 tem aplicação restrita à Administração Pública federal, mas não em sua totalidade, pois há restrições na administração indireta.

A Administração Direta é o **conjunto dos órgãos públicos que integram as pessoas jurídicas políticas.**

De acordo com o art. 4º, I, do Decreto-Lei 200/67, a Administração Direta “se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios”. Esse é o modelo que, também, deve ser seguido nas esferas estadual e municipal. **Atenção!** Apesar de, no dispositivo legal mencionado,

ter sido considerada, apenas, a estrutura do Poder Executivo, numa acepção restrita de administração direta, a função administrativa não é privativa dos órgãos desse poder e, ao contrário, também é desempenhada pelos órgãos do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, só que de forma atípica.

Nesse sentido, a **administração direta federal** refere-se a **uma pessoa jurídica só: a União**. E, **no interior desta**, existem os **órgãos do Poder Executivo** (Presidência, Ministérios, etc.), **do Poder Legislativo** (Câmara dos Deputados, Senado Federal) e os **do Poder Judiciário** (STF, STJ, TSE, TST, TRFs, TRTs, etc.). Não podem ser esquecidos, também, o **Tribunal de Contas da União** – auxilia o Poder Legislativo na função de fiscalização, mas não é subordinado às casas legislativas –, o **Ministério Público da União** e a **Defensoria Pública da União**.

Em todos esses órgãos federais, há cargos públicos e a Lei nº 8.112/90 é o estatuto regulador das relações funcionais existentes. Entretanto, é necessário advertir que o Estatuto não tem aplicação aos que exercem mandato eletivo (Presidente da República, Senadores, Deputados Federais), em razão da Constituição Federal dispor diretamente sobre seu regime funcional e, também, aos membros da magistratura e Ministério Público, por existir leis orgânicas específicas reguladoras dessas categorias de agentes públicos.

Em relação à administração indireta, é possível defini-la como “o **conjunto das pessoas administrativas, com personalidade de direito público ou de direito privado, patrimônio próprio e autonomia administrativa, vinculadas à administração direta, criadas para o desempenho de determinada atividade administrativa**”³.

Na administração indireta, como se depreende desse conceito, há pessoas submetidas ao regime de direito público e outras regidas pelo regime de direito privado (na verdade, regime híbrido, pois há, aplicação das regras privadas, derogadas por outras de direito público) e, assim, a Lei nº 8.112/90 somente tem aplicação às pessoas jurídicas de direito público e é incompatível com as pessoas jurídicas de direito privado.

Portanto, na administração indireta federal, **aplica-se a Lei nº 8.112/90 às autarquias, às fundações públicas de direito público e, por outro lado, não se aplica às sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações públicas de direito privado**.

2.2. Cargo público, emprego público e função pública

A Constituição delimitou a competência administrativa entre os entes da federação. Estabeleceu o que é exclusivo da União, o que é dos Municípios, o que é comum a todos e deixou as atividades remanescentes para os Estados. Os entes políticos, em razão das competências a eles constitucionalmente atribuídas, organizam sua estrutura administrativa de maneira a desempenhar a atividade administrativa de

3. BORTOLETO, Leandro. *Direito Administrativo: para os concursos de analista*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 77.

forma concentrada ou desconcentrada, centralizada ou descentralizada. Para tanto, criam órgãos e pessoas jurídicas.

Todavia, para ocorrer a manifestação de vontade da pessoa política ou da pessoa administrativa, é necessária a intervenção do ser humano, da pessoa física, que é o agente público. Cada agente público deve desenvolver as atribuições inerentes ao cargo ou emprego público que ocupa ou à função pública que desempenha.

Assim, o agente público ocupa um cargo público, que está inserido em um órgão público, o qual, por sua vez, integra uma pessoa jurídica.

A propósito, **a competência legislativa é própria de cada ente político**. Assim, lei federal cria cargos federais, lei estadual cria cargos estaduais, lei distrital cria cargos distritais e lei municipal cria cargos municipais. Em relação à **extinção**, esta, também, **se dá por meio de lei, salvo, na esfera federal, se for cargo vago**, caso em que a extinção poderá ser feita pelo Presidente da República, por meio de **decreto autônomo**, nos termos do art. 84, VI, “b”, da Constituição Federal.

O acesso ao cargo público não será, necessariamente, via concurso público, pois isso dependerá de o cargo ser efetivo ou em comissão. De qualquer forma, **o cargo é próprio das pessoas de direito público, é inerente ao regime estatutário, não sendo compatível com as pessoas jurídicas de direito privado** da Administração Pública, isto é, não existe cargo público nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista.

Na doutrina, pode ser apontada a seguinte definição para **cargos públicos**:

são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e criadas por lei, salvo quando concernentes aos serviços auxiliares do Legislativo, caso em que se criam por resolução, da Câmara ou do Senado, conforme se trate de serviços de uma ou de outra destas Casas⁴.

Na Lei nº 8.112/90, há definição de **cargo público** no art. 3º: **“o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor”** e podem ser providos em **caráter efetivo ou em comissão**.

O local ocupado pelo agente público contratado para desempenhar suas atribuições sob o regime celetista é o emprego público. Assim, **empregos públicos são “núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob regime trabalhista”⁵**. Da mesma forma que os cargos, os empregos permanentes da administração direta e autárquica são criados por lei.

4. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 254.

5. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 256.

Além do cargo e do emprego, que possuem individualidade própria, há atribuições desempenhadas por agentes públicos sem que possuam um cargo ou emprego, isto é, um **conjunto de atribuições desvinculadas de cargo ou emprego, ao qual se dá o nome de função**, que pode ser de duas espécies: a função exercida por **servidores temporários** e a função de **direção, chefia e assessoramento** (função de confiança), atribuída a servidores titulares de cargo efetivo⁶.

Assim, a função pode existir sem cargo público ou emprego público, mas o inverso não é verdadeiro, quer dizer, todo cargo público e todo emprego público possuem atribuições que devem ser desempenhadas por seus ocupantes.

2.3. Vedação ao serviço gratuito

Nos termos do art. 4º da Lei nº 8.112/90, é **“proibida a prestação de serviços gratuitos, salvo os casos previstos em lei”**.

A lei pretende evitar o enriquecimento ilícito do Estado e, ainda, dar efetividade às disposições constitucionais que tutelam os trabalhadores como, por exemplo, a garantia de salário mínimo (art. 7º, IV).

Entretanto, pode surgir dúvida de quais são os casos em que a legislação autoriza o trabalho gratuito e essas hipóteses são aquelas, conforme aponta Ivan Barbosa Rigolin⁷, denominadas de **relevante utilidade pública** ou de **relevante interesse público**,

conforme inúmeras leis referem, ou ainda aqueles casos de participação do cidadão em comissões instituídas pelo Poder Público, para os mais variados fins. Significa, ainda a exceção o caso de serviço em júri ou do trabalho em eleições, campanhas, serviço militar obrigatório ou outros serviços ocasionalmente necessários à União, cuja natureza excepcional ou ocasional não justifica a criação de cargos.

3. PROVIMENTO (ARTIGOS 5º AO 32)

3.1. Disposições gerais

Título II Do Provimento, Vacância, Remoção, Redistribuição e Substituição

Capítulo I Do Provimento

Seção I Disposições Gerais

Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público:

I - a nacionalidade brasileira;

6. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 519-520.

7. *Comentários ao regime jurídico único dos servidores públicos civis*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 26.

- II - o gozo dos direitos políticos;
- III - a quitação com as obrigações militares e eleitorais;
- IV - o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo;
- V - a idade mínima de dezoito anos;
- VI - aptidão física e mental.

§ 1º As atribuições do cargo podem justificar a exigência de outros requisitos estabelecidos em lei.

§ 2º Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

§ 3º 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. (Incluído pela Lei nº 9.515, de 20.11.97)

Art. 6º O provimento dos cargos públicos far-se-á mediante ato da autoridade competente de cada Poder.

Art. 7º A investidura em cargo público ocorrerá com a posse.

Art. 8º São formas de provimento de cargo público:

- I - nomeação;
- II - promoção;
- III - (Revogado pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)
- IV - (Revogado pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)
- V - readaptação;
- VI - reversão;
- VII - aproveitamento;
- VIII - reintegração;
- IX - recondução.

Para que seja possível a investidura de alguém em um cargo público federal, a lei estabelece **requisitos básicos** (art. 5º, *caput*):

- a) ser **brasileiro**;
- b) estar no gozo dos **direitos políticos**;
- c) estar adimplente com as **obrigações militares e eleitorais**;
- d) ter o nível de **escolaridade** exigido para o exercício do cargo;

- e) ter a idade mínima de **dezoito anos**;
- f) estar em aptas **condições física e mental**.

Quanto à **nacionalidade**, é necessário recordar que a **Constituição Federal** admite o **acesso de estrangeiros aos cargos públicos, na forma da lei**, a qual, todavia, ainda não existe e, por isso, a regra é que os cargos federais sejam ocupados apenas por brasileiros. Entretanto, no caso das universidades, o **art. 207, § 1º**, permite a contratação de professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei, pelo que, o **art. 5º, § 3º, da Lei nº 8.112/90 admite que as universidades e instituições federais de pesquisa científica e tecnológica possam admitir profissionais estrangeiros**.

Outra ressalva relevante deve ser feita em relação ao nível de escolaridade, porque, conforme a **Súmula 266 do Superior Tribunal de Justiça**, o “diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido **na posse e não na inscrição** para o concurso público”.

Além dos requisitos básicos anteriormente indicados, é **possível que outros sejam estabelecidos, conforme as atribuições do cargo** (art. 5º, § 1º). Entretanto, esses outros requisitos não podem ser estabelecidos aleatoriamente, pois não “é admissível, por ato administrativo, restringir, em razão da idade, inscrição em concurso para cargo público” (**Súmula 14, STF**) e, assim, “só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público” (**Súmula Vinculante nº 44**). Mesmo previsto em lei, o “limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido” (Súmula 683, STF). Cumpre destacar, também, que a Constituição Federal, no art. 37, VIII, estabelece que “a lei reservará **percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência** e definirá os critérios de sua admissão”. No caso dos concursos para os cargos regidos pela **Lei nº 8.112/90**, esse percentual é, no **máximo, de 20%** (art. 5º, § 2º). Em geral, os editais adotam o percentual de **5%**, previsto no **Decreto nº 3.298/99** – que regulamenta a Lei nº 7.853/89 – como **mínimo** a ser adotado.

Além da **reserva de vagas** para as pessoas com deficiência, a Lei nº 12.990/14 determina que **20%** das vagas “oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da **administração pública federal**, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União” serão reservadas aos **negros**, sempre que o número de vagas for superior a 3 (art. 1º), podendo concorrer a essas vagas aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pelo IBGE (art. 2º). A medida implementada por essa lei tem natureza de ação afirmativa, restringe-se à esfera federal e tem duração determinada: 10 anos (art. 6º)