



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Quarta Inspeção de Controle Externo - 4ª DT

TCDF - 4ª ICE - 4ª DT
Processo n.º 13456/06
Folha n.º
Rubrica

Processo nº 13456/06

Órgão de origem: TCDF

Montante em Exame: 0,00

Assunto: Estudos Especiais

Ementa: Estudos Especiais determinados pela Decisão nº 1805/06 à 4ª ICE acerca da legalidade de cessão de servidor em estágio probatório para o exercício de cargo em comissão em órgão distinto do qual se deu a posse, e ainda vinculado a outra esfera de Governo.

- **Tema objeto de parcial regulamentação legal.**
- **Pela constitucionalidade da parte regulamentada apenas se interpretada de modo a preservar o substancial estágio probatório.**

Senhora Diretora,

Trata-se da realização de Estudos Especiais determinados pela Decisão nº 1805/06 (fls. 1/2) à 4ª ICE, acerca da legalidade de cessão de servidor em estágio probatório para o exercício de cargo em comissão em órgão distinto do qual se deu a posse, e ainda, vinculado a outra esfera de Governo.

As Hipóteses Objeto de Estudo

02. O tema envolve, portanto, a cessão de servidor em estágio probatório para exercício de cargo em comissão, o que por sua vez pode acontecer: **a)** em órgão distinto onde ocorreu a posse, mas situado no mesmo ente federativo; **b)** em órgão distinto onde ocorreu a posse, situado em estrutura administrativa componente de outro ente federativo.



Cargo Público - Efetividade - Estabilidade - Estágio Probatório

03. **As atribuições compõem o elemento nuclear dos cargos.** A partir de sua definição, também são estabelecidos os requisitos admissionais, as responsabilidades a serem suportadas, a remuneração a ser percebida etc. É a própria Lei nº 8112/90 (aplicável ao DF por força da Lei nº 197/91, art. 5º) que praticamente equaliza as idéias de cargo público e atribuições correlatas, ao dispor que:

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

04. É também a partir desta definição que se verifica o limite de competência do titular, que não pode, por sua vez, ser excedido.

05. Observe-se o conteúdo do art. 37, II (redação pela EC nº 19/98), da Constituição Federal:

“Art. 37.(...)
(...)II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, **de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei**, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;”[sem grifo no original].

06. O texto constitucional vincula o caráter (perfil) do concurso público **e evidentemente o exercício do cargo à natureza e complexidade de suas atribuições.** As atribuições inerentes ao cargo concernem a sua natureza. É o que se conclui da conceituação de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“Cargo é a denominação dada à mais simples unidade de poderes e deveres estatais a serem expressos por um agente. É, pois, **um complexo (ou um ponto, ou um termo), unitário e indivisível de competências**, criado por lei, com número certo e designação própria, concernente a funções da organização central do Estado, suas autarquias e fundações públicas. Pode-se definir os cargos como as mais simples e indivisíveis unidades abstratas criadas por lei, com denominação própria e número certo, **que sintetizam um centro de competências públicas** da alçada das pessoas jurídicas de direito público, a serem exercidas por um agente.”[sem grifo no original]¹.

1 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Regime dos servidores da administração direta e indireta. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 27-28.



07. No mesmo sentido doutrina HELY LOPES MEIRELLES:
“Cargo público é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, **atribuições e responsabilidades específicas** e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei.”[sem grifo no original]².
08. Evidencia-se assim que as atribuições inerentes ao cargo representam sua própria essência. O cargo só existe em razão de sua função, ou seja, a que finalidade estatal se destina. A funcionalidade do cargo é dada pelas atribuições. É o rol de atribuições que o compatibiliza com a finalidade estatal a que se destina.
09. Por esta razão as avaliações tomadas ao candidato (no concurso: o perfil das provas e habilidades exigidas) e ao servidor (estágio probatório: para efeito de estabilização e pós-efetivação e estabilização: para efeito de progressões e promoções na carreira) diz respeito diretamente às atribuições do respectivo cargo.
10. A avaliação de desempenho não pode ser outra que não a de produtividade (quantitativa e qualitativa) no exercício das atribuições daquele cargo. Em resumo: o servidor desempenha ao longo de três anos as atribuições atinentes ao cargo legalmente criado apenas para perseguir finalidade estatal e cujo êxito depende diretamente do desempenho do servidor.
11. O art. 41 da Constituição Federal (redação dada pela EC nº 19/98) assim dispõe:
“Art. 41. São estáveis após 3 (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

2 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 360-361.



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.”(grifamos).

12. ALEXANDRE DE MORAES³ com base na jurisprudência do STF (RE 0170665, Segunda Turma, Relator Min. MAURICIO CORREA, data do julgamento 27/09/1996, publicação DJ DATA-28/11/96 PP-47175) conceitua estabilidade:

“Estabilidade é garantia constitucional de permanência no serviço público outorgada ao servidor que, nomeado por concurso público em caráter efetivo, tenha cumprido o estágio probatório; ou seja, a estabilidade consiste na integração do servidor ao serviço público, depois de preenchidas as condições fixadas em lei, e adquiridas pelo decurso do tempo.

Assim, conforme consagrado pelo Supremo Tribunal Federal:

'o instituto da estabilidade, que, a par de um direito, para o servidor, de permanência no serviço público enquanto bem servir, representa para a Administração a garantia de que nenhum servidor nomeado por concurso poderá subtrair-se ao estágio probatório de dois anos(...)’.

Nos termos da EC nº 19/98, são requisitos para a aquisição de estabilidade do servidor público:

- nomeação para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público;
- efetivo exercício por três anos (estágio probatório) – O estágio probatório, segundo o Supremo Tribunal Federal, é o período de exercício do funcionário durante o qual é observada e apurada pela Administração a conveniência ou não de sua permanência no serviço público, mediante a verificação dos requisitos estabelecidos em lei para a aquisição da estabilidade. Para esse estágio só se conta o tempo de nomeação efetiva na mesma Administração, não sendo computável o tempo de serviço prestado em outra unidade estatal, nem o período de exercício de função pública a título provisório. Esta aferição não pode dar-se se não houve posse, pois, inexistindo, é evidente que não se deu o início do exercício da função pública; não há direitos a serem conferidos nem deveres a serem apurados, porque o servidor não tomara posse no cargo, não era detentor da função pública, na sua forma efetiva(...).
- avaliação especial e obrigatória de desempenho por comissão instituída para essa finalidade. “.

13. A Lei – DF nº 3648/05 (fls. 3/5) regulamentou o art. 41 da Constituição Federal (redação dada pela EC nº 19/98). Tal Lei, por sua vez, foi regulamentada pelo Decreto nº 26373/05 (fls. 6/7).

3 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional Administrativo. Atlas. São Paulo. 2002, p. 203/204.



14. A Lei em comento disciplinou o estágio probatório, revogando, em seu art. 15 - no âmbito distrital -, o art. 20 da Lei nº 8112/90 (aplicável no âmbito local por força do art. 5º da Lei – DF nº 197/91), que disciplinava a matéria.

15. Fixou em seu art. 2º, o prazo de três anos de duração de estágio probatório, após o qual, o servidor, se considerado apto, será efetivado no cargo e alcançará a estabilidade no serviço público, caso desta já não disponha anteriormente. Portanto, no DF os prazos para efetividade no cargo e estabilidade no serviço público coincidem (três anos). Por outro lado, este TCDF deliberou, conforme o teor da Decisão nº 18/06, b (S.E.A. Nº 501, de 2/5/06), proferida no Processo nº 3715/04, que a DGA observe o disposto na Lei nº 3648/05.

16. Leciona MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO⁴:

“O período de três anos para aquisição da estabilidade pode ser desde logo aplicado. Com efeito, no caso de servidor nomeado por concurso⁵, a estabilidade somente se adquire depois de três anos; o período compreendido entre o início do exercício e a aquisição da **estabilidade** é denominado **estágio probatório** e tem por finalidade apurar se o funcionário apresenta condições para o exercício do cargo, referentes à moralidade, assiduidade, disciplina e **eficiência**. Pelo § 4º, acrescentado ao artigo 41 pela Emenda 19, além do cumprimento do estágio probatório, deve o servidor, para adquirir estabilidade, submeter-se a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.”(o último grifo é nosso).

17. O que deve ser enfatizado é: **a)** a EC 19/98 elevou o rigor para a estabilização do servidor no serviço público; **b)** o estágio probatório é o instrumento adequado para avaliação do servidor quanto a sua efetivação ou não no cargo público e elemento ao menos parcial (se e quando a comissão para avaliação de desempenho for criada) para avaliação quanto a sua estabilização ou não no serviço público; **c)** no DF, atualmente, a efetividade no cargo e a estabilidade na Administração Pública distrital dão-se após três anos de efetivo exercício no cargo (**requisito temporal**) e após avaliações favoráveis a propósito do estágio probatório (**requisito desempenho**).

4 DI PIETRO, Maria Sylvia, Direito Administrativo, Atlas, 13ª ed., São Paulo, 2001, p. 469/470.

5 A observação é comparativa à estabilidade extraordinária disposta no art. 19, ADCT, CF/88.



18. Assim, o estágio probatório é instrumento essencial tanto para efetivação como para a estabilização do servidor distrital. Na prática, o servidor tornar-se-á efetivo no cargo e estável no serviço público ao mesmo tempo e com base (ao menos até o momento) unicamente na avaliação concernente ao estágio probatório e no decurso temporal.

19. A gravidade da aquisição da estabilidade é que daí decorrem para o servidor os direitos à reintegração, disponibilidade, aproveitamento, bem como o de não ser demitido, exceto nas hipóteses constitucionalmente previstas.

20. Desta forma, caso as avaliações efetuadas por ocasião do estágio probatório sejam, elas próprias, deficientes - isto é, meramente formais - não haverá distinção qualitativa entre aqueles servidores estabilizados.

21. A finalidade constitucional do instituto do estágio probatório será frustrada, pois tanto os servidores pontuais, assíduos, responsáveis e produtivos como os que demonstraram, na prática funcional, ser impontuais, inassíduos, irresponsáveis e improdutivos serão igualmente efetivados no cargo e estabilizados no serviço público.

22. Por sua vez, o instituto do estágio probatório - na prática administrativa - não vem alcançando, historicamente, qualquer eficácia. JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO⁶ assinala:

“Lamentavelmente, o estágio probatório até agora só existiu na teoria, pois que, ressalvadas raríssimas exceções, jamais se conseguiu verificar qualquer sistema de comprovação adotado pela Administração que permitisse concluir por uma avaliação honesta e efetiva sobre os requisitos para o desempenho do cargo público. Como é lógico, acabam ultrapassando esse período servidores ineptos, desidiosos, e desinteressados, que, em consequência, adquirem estabilidade e ficam praticamente insuscetíveis de qualquer forma de exclusão.

(...)Não tendo o servidor demonstrado, durante o estágio probatório, sua aptidão para o exercício da função pública, a Administração, observadas as formalidades acima mencionadas, procede à sua exoneração, que, como veremos a seguir, não é penalidade, mas simples medida de salvaguarda da regular execução das atividades administrativas.

A EC nº 19/98, revelando a preocupação do Governo com os servidores ineficientes, acrescentou o § 4º ao art. 41, dispondo que 'como condição para

6 CARVALHO FILHO, José dos Santos, Manual de Direito Administrativo, Lumen Juris, 11ª ed., Rio de Janeiro, 2004, p. 542.



aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade'.

Como se nota, a Administração já está obrigada a fazer a avaliação de desempenho ao fim do estágio probatório. Entretanto, se a avaliação não for séria e honesta, o dispositivo, como alguns outros, será simples letra morta.”.

23. PAULO MODESTO⁷ afirma:

“Antes da Emenda Constitucional [EC Nº 19/98], o estágio probatório era considerado na prática um simples lapso de tempo, dissociado de qualquer avaliação efetiva ou da análise de sua eficácia jurídica específica, transcorrendo quase sempre sem qualquer repercussão na vida funcional dos agentes públicos. **Era um simples obstáculo burocrático, uma etapa da vida funcional dos agentes, vencida frequentemente pelo mero decurso de prazo.**”(grifamos).

24. CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA⁸ reforça o caráter de rompimento instituído pela EC nº 19/98 em face da inércia com que se tratava o estágio probatório anteriormente:

“Essa condição constitucional introduzida pela Emenda Constitucional nº 19/98 fez-se **no sentido de não permitir a continuidade da abulia administrativa em matéria de estágio. É que sem a avaliação o estágio era mera referência temporal na folha do servidor, sem qualquer compromisso concretamente arrostado administrativamente.**”(grifamos).

25. Novamente, é PAULO MODESTO⁹ quem dimensiona o teor do estágio probatório. Agora em contexto contemporâneo, não mais em constatação do que vinha ocorrendo tradicionalmente na Administração:

“O desafio de hoje é dar efetividade à exigência constitucional do estágio probatório. Realizá-lo como processo administrativo contínuo, ordenado, garantidor dos direitos subjetivos dos agentes públicos, **mas ao mesmo tempo capaz de depurar do resultado do concurso público realizado os agentes que realmente estão aptos ao desempenho de funções públicas. O estágio probatório não pode transcorrer mais como simples lapso de tempo ou ser percebido com excessiva estreiteza, como se nada significasse.** O tempo dirá se o desafio foi aceito e se o instituto floresceu entre nós como merece.”(grifamos).

7 MODESTO, Paulo. Estágio Probatório: questões controversas. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, Centro de Atualização Jurídica., nº 12, MAR/2002. Disponível na internet: www.direitopublico.com.br. Acesso em 15/5/06. p. 5.

8 ANTUNES ROCHA, Carmen Lúcia. Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 237.

9 MODESTO, Paulo. Idem, .p. 27.



26. Externadas tais premissas, pode-se examinar as hipóteses em estudo.
27. O art. 10 da Lei – DF nº 3648/05 dispõe:
“Art. 10. O servidor em estágio probatório poderá exercer quaisquer cargos em comissão ou funções de direção, chefia ou assessoramento no órgão ou entidade de lotação, e somente poderá ser cedido a outro órgão ou entidade para ocupar Cargo de Natureza Especial ou equivalente.
§ 1º. Na hipótese do caput, o servidor continuará a ser avaliado onde efetivamente tiver exercício, observado o disposto no parágrafo seguinte.
§ 2º. Cessando a designação para os cargos mencionados no caput e restando ainda período a ser avaliado, o servidor retornará ao órgão de origem para completar o estágio probatório.”
28. Registre-se que o art. 10, *caput*, acima reproduz o § 3º do art. 20 da Lei nº 8112/90 (redação dada pela Lei nº 9527/97).
29. O art. 4º da Lei local em exame, ao dispor sobre os critérios de avaliação do estágio probatório, indica os seguintes fatores: assiduidade, disciplina, iniciativa, produtividade e responsabilidade. São os mesmos critérios previstos no mencionado art. 20 da Lei nº 8112/90, aplicável na União e também no DF até a vigência da Lei local comentada.
30. Tal disciplina, ao permitir o exercício - por servidor em estágio probatório - de quaisquer cargos em comissão ou funções de direção, chefia ou assessoramento no órgão ou entidade de lotação, bem como ao permitir que servidor em estágio probatório só exerça cargos em comissão ou funções de direção, chefia ou assessoramento fora do órgão ou entidade de lotação na hipótese de cargo de natureza especial ou equivalente formalmente soluciona as situações descritas no parágrafo 02 e designadas como a e b.
31. Na primeira situação a permissão é isenta de ressalvas. Na segunda, só é permitida a cessão para ocupação de cargo de natureza especial ou equivalente. Em ambas as situações a avaliação pertinente deverá ser efetuada pela comissão instituída para tal finalidade, como dispõe o art. 41, § 4º, da Constituição Federal (redação dada pela EC nº 19/98).



32. Como tais hipóteses foram legalmente regulamentadas, seu questionamento só se viabilizaria pelo exame de constitucionalidade. Doutrina e jurisprudência evidenciam na tradição constitucional brasileira o princípio da presunção de constitucionalidade das normas. Tal princípio é traduzido pela necessidade de a afronta à Constituição ser manifesta ou flagrante para que seja assim reconhecida.

33. O mencionado dispositivo constitucional (art. 41, § 4º, CF) determina a necessária **avaliação especial de desempenho do servidor em efetivo exercício** para alcance da estabilidade no serviço público.

34. Mais precisamente o estágio probatório objetiva a avaliação do servidor para efeito de efetividade no cargo público e conseqüentemente garante a estabilidade no serviço público (denominada estabilidade ordinária) para aqueles que não a possuem.

35. Tais avaliações têm lugar também nos casos de servidores em estágio probatório ocupantes de cargo em comissão ou função de direção, chefia ou assessoramento (art. 10, § 1º, Lei nº 3648/05).

36. Pode-se, entretanto, refutar a eficácia de tais avaliações, ao menos, quanto ao critério de desempenho das atribuições atinentes ao cargo de carreira no qual foi empossado, visto que elas não necessariamente serão relacionadas com as atribuições do cargo em comissão ocupado.

37. Tal possibilidade pode ser minimizada, entendemos nós, unicamente **se as atribuições de ambos os cargos forem semelhantes ou**, em caso contrário, **se a partir da ocupação do cargo comissionando ou função de confiança for suspenso o estágio probatório**, como o é nas hipóteses dos afastamentos indicadas no art 9º da Lei nº 3648/05 . Em caso contrário, não há avaliação séria possível.



38. O critério produtividade abrange o desempenho nas **atribuições típicas** do cargo. O cargo em questão é aquele alvo da efetivação, à evidência. A avaliação deve ser efetuada com o servidor 'no exercício efetivo do cargo' (ou seja, no desempenho das atribuições típicas do cargo), a teor do art. 41, *caput*, da Constituição Federal.

39. Vale a pena o esclarecimento de PAULO MODESTO¹⁰:

“Na matéria, observou com acuidade o Prof. CARLOS ARI SUNDFELD, em estudo de mérito, que a Constituição se contentou em referir apenas o simples exercício, sem adjetivá-lo de efetivo, quando cuidou da aposentadoria por tempo de serviço (art. 40, antes da Emenda Constitucional 20/98), quando desejou computar o tempo de mandato eletivo de vereador não remunerado para fins de aposentadoria (ADCT, art. 8º, § 4º) e ao conceder a estabilidade excepcional aos servidores em exercício (art. 19 do ADCT). Essa forma de expressão do constituinte, autêntica opção, permitiu ao legislador a construção de ficções (tempo ficto). Porém, diversamente, quando disciplinou o estágio probatório, a lei fundamental, desde a sua versão original, impunha condicionamento mais exigente, referindo explicitamente a tempo de serviço efetivo e não simplesmente a exercício.

Sem dúvida, a exigência de efetivo exercício, ou **exercício real da função**, não deve ser ociosa no diploma constitucional. Para precisar os **limites de uso do conceito de efetivo exercício**, no entanto, deve-se aprofundar a finalidade de sua exigência ante a própria finalidade do estágio probatório.

Neste sentido, após a Emenda Constitucional n. 19/98, a teleologia do período de confirmação parece ainda mais evidente: o estágio probatório destina-se a avaliar, de forma concreta, a adaptação ao serviço e as qualidades do agente aprovado em concurso público, após a sua investidura em cargo de provimento efetivo. Não fora assim, não teria sentido a exigência, imposta à Administração, de constituir uma comissão com a única finalidade de efetuar a avaliação especial do desempenho dos servidores em estágio probatório (CF, art. 41, § 4º).

Ora, é evidente o prejuízo para a “avaliação especial de desempenho” de afastamentos, licenças ou outra qualquer modificação da situação funcional dos agentes recém-ingressados que importe, durante o período de prova, em dispensa do desempenho regular da função.

Em princípio, portanto, em uma inicial delimitação do conceito de efetivo exercício, deve-se reputar como **inconstitucionais** todas as ficções previstas em lei, convertendo artificialmente períodos de afastamento do serviço em períodos de efetivo exercício para fins de integralização do estágio probatório. O conceito de efetivo exercício é um **conceito-realidade**, expressão que utilizo recordando figura conhecida do direito do trabalho (contrato-realidade). Repele ficções, construções artificiais, burlas ao propósito constitucional de realizar a avaliação dos servidores no desempenho concreto da atividade funcional. Mas qual o conteúdo deste conceito? Ele se confunde com a rotina, os dias de expediente nas repartições públicas? Penso que não. Entendo que o melhor caminho para determinar o conceito de efetivo exercício durante o período de prova é inserir o servidor durante o processo de estágio probatório na **atividade regular do Estado**.”(grifos do autor).

10 MODESTO, Paulo. Idem. p. 10 e ss.



40. Assim, o efetivo exercício do cargo só pode corresponder ao exercício de suas atribuições, segundo o desempenho das quais será avaliado. Caso o servidor em estágio probatório passe a ocupar cargo comissionado ou função de confiança onde as atribuições não sejam semelhantes às do cargo efetivo, tal tempo não poderá contar para o transcurso de estágio probatório do cargo (requisito temporal) nem haverá como avaliá-lo, pois, como dito, a avaliação recai sobre o desempenho das atribuições do cargo efetivo, não de outro, razão pela qual não há avaliação possível se o servidor não as exerce.

41. Entretanto - e como já mencionado -, o que pode ser imaginado como possibilidade nessas hipóteses (ocupação, por servidor em estágio probatório, de cargo comissionado ou função de confiança cujas atribuições são dessemelhantes ao do cargo efetivo) é a suspensão do estágio probatório, a exemplo dos afastamentos já mencionados, e sua posterior retomada. Nesse sentido, PAULO MODESTO¹¹:

“Não deve ser computado no estágio probatório, porém, o período transcorrido em razão de situações específicas, particulares, que **afastem de modo especial** (individualizado) o agente do serviço quando há serviço, isto é, quando existe funcionamento normal da administração pública. Exemplos: afastamentos em razão de serviço militar, licença para trato de assunto particular, desempenho de mandato classista, licença gestante, exercício de mandato eletivo, afastamentos em razão de casamento, luto, acidente ou doença.

O direito a férias anuais constitui situação à parte. O gozo de férias pelo agente em estágio probatório não ocorre em situação de inatividade geral da administração, salvo a hipótese de férias coletivas, mas tampouco caracteriza situação peculiar, particular ou individualizada do agente em período de prova. As férias constituem direito reconhecido a todos os trabalhadores, ocupantes de cargos ou empregos (CF, art. 7º, XVII, c/c art. 39, § 3º) e que todos devem poder gozar. Trata-se de período que deve também ser considerado como de efetivo exercício, uma vez que o servidor usufrui um direito constitucional reconhecido a todos os agentes públicos, segundo uma programação definida pela própria Administração, e permanece à disposição da administração, sem particularizar a sua situação de afastamento em face dos demais agentes públicos.

Mas, não se deve perder de vista que, conforme vem especificando a jurisprudência, o tempo de exercício efetivo a ser computado é o tempo de exercício em **cargo de provimento efetivo específico**, não sendo considerado o tempo de serviço prestado em outro cargo, da mesma ou de outra entidade. Tampouco deve ser considerado no cálculo do tempo de efetivo exercício de agente investido em cargo efetivo o tempo de serviço prestado por ele em outra condição jurídica, como agente temporário, contratado, ocupante de função, ainda que o cargo tenha sofrido posterior transformação em cargo de provimento efetivo. Além disso, ainda quando legítima a reintegração, após anulação do ato de demissão que haja colhido

11 MODESTO, Paulo. Idem. p. 12 e ss.



agente em estágio probatório, não se conta para fins do estágio probatório o período em que o agente não estava no desempenho de suas funções.

Assim, em resumo, não deve ser computado no estágio probatório:

- a) licenças, afastamentos e outras hipóteses de ausência ao serviço referenciadas unicamente na situação peculiar dos agentes em estágio, quando houver funcionamento normal da administração pública;
- b) períodos de tempo ficto, artificialmente construídos por lei ordinária;
- c) o período de serviço prestado a outra pessoa ou entidade pública, para o mesmo ou outro cargo;
- d) o período de serviço prestado à mesma pessoa ou entidade pública, relativamente a outro cargo público;
- e) o período de serviço prestado à mesma pessoa ou entidade pública, relativamente ao mesmo cargo, porém como interino, substituto, prestador de serviços ou ocupante de função de confiança, antes da transformação da natureza do cargo;”.

(...)Na União, a Lei 8.112/90, alterada pela Lei 9.527/97, indicou no § 5º do seu art. 20 algumas hipóteses de necessária suspensão da contagem do período de exercício no curso do estágio probatório: (a) licença por motivo de doença em pessoa de família (art. 83); (b) licença por motivo de afastamento de cônjuge (art.84, §1º); (c) licença para atividade política (art. 86); (d) afastamento para servir em organismo internacional de que o Brasil participe ou com o qual coopere (art. 96). **Entendo que essas hipótese não são exaustivas, podendo ser figuradas outras, com vistas a assegurar a finalidade constitucional de avaliação dos servidores no curso do estágio probatório: (a) designação para cargos de confiança;** (b) licença para serviço militar; (c) licença para tratar de interesses particulares; (d) licença para desempenho de mandato classista, entre outras hipóteses.”¹²(grifamos).

42. Parecendo situar-se na mesma linha de entendimento CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA¹³:

“Note-se, de resto, que, às vezes, o servidor é considerado no efetivo exercício, conquanto fisicamente afastado do desempenho das funções que lhe são conferidas, para alguns casos legalmente previstos e não para outros. Assim, por exemplo, as licenças para tratamento de saúde são consideradas de efetivo exercício para a contagem de tempo para aposentadoria, mas não para a aquisição da estabilidade, quando se configurar um período tão prolongado que impeça a avaliação competente e, agora, obrigatória e periódica do desempenho. Mesmo não contribuindo para o seu afastamento e havendo um motivo justo, como é o de tratamento de saúde, o servidor fica impossibilitado de ser competentemente avaliado em seu desempenho pelo período necessário para a conclusão, que conduzirá, ou não, à estabilização do vínculo com a pessoa pública. Logo, tal afastamento não pode ser computado como estando ele em efetivo exercício para os parâmetros constitucionais referentes à estabilidade.”.

43. Desta forma, da hipótese em estudo: **a**, regulamentada pela Lei local em comento, entendemos que só pode ocorrer sem violação constitucional se houver a já mencionada correlação de atribuições entre os cargos ou, em caso

12 MODESTO, Paulo, Idem. Nota de rodapé da p. 12.

13 ANTUNES ROCHA, Carmen Lúcia. Idem. p. 232.



contrário, suspensão do estágio probatório. Vale transcrever, nesse sentido, o posicionamento do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco¹⁴:

“NOMEAÇÃO DE SERVIDOR, EM ESTÁGIO PROBATÓRIO, PARA CARGO DE CONFIANÇA. I- A Constituição Federal não estabelece óbice à nomeação de servidor - integrante de quadro de carreira técnica ou profissional e que esteja no período do estágio probatório - para o exercício de funções de confiança (cargo comissionado ou função gratificada). No entanto, nos termos do preconizado pela Lei Maior, artigo 37, I, norma infraconstitucional poderá estabelecer requisitos para o provimento destas funções de confiança, dentre os quais poderá figurar a exigência do cumprimento do estágio probatório. Na hipótese de não haver vedação de natureza legal, a nomeação deste servidor - no curso do estágio probatório, para exercer funções de confiança - implicará a **SUSPENSÃO** do período probatório, que só voltará a ser computado a partir do retorno do servidor ao exercício do cargo efetivo. Neste caso, se o servidor não for estável no serviço público, a suspensão do estágio probatório implicará, necessariamente, a suspensão da contagem do tempo de serviço para efeito da estabilidade funcional. Só após o cumprimento integral do estágio probatório, onde a autoridade administrativa terá a oportunidade de aferir a sua aptidão (assiduidade, idoneidade moral, eficiência, etc.) para o exercício do cargo efetivo, é que o servidor poderá ser considerado estabilizado no serviço público. Sendo, contudo, o servidor já detentor de estabilidade funcional - em decorrência do exercício de cargo efetivo anterior, no âmbito do mesmo Ente Estatal e sem que tenha havido solução de continuidade entre os dois provimentos efetivos - não haverá alteração na sua estabilidade funcional, de sorte que apenas o período probatório ficará suspenso. Ressalte-se, por fim, que na hipótese de haver **MANIFESTA CORRELAÇÃO** entre as atribuições das funções de confiança e as atribuições do cargo efetivo do servidor, não há que se falar em suspensão do estágio probatório nem da contagem do prazo para efeito de estabilidade funcional. **II-** Nos termos do artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (C.F.), é considerado estável no serviço público, só podendo ser demitido em razão de processo administrativo ou sentença judicial irrecurável, o servidor que em 05 de outubro de 1988 (data da promulgação da Lei Maior) contasse com pelo menos 05 (cinco) anos de tempo de serviço público (TCE-PE, Decisão T.C. N: 0408/96, ÓRGÃO JULGADO: FAC.DE FORM.DE PROFES.DE BELO JARDIM-PRESIDENTE, Data Publicação: 11/04/96)”.

44. Novamente PAULO MODESTO¹⁵, mas citando posicionamento de DIÓGENES GASPARINI, que não admite tal suspensão e menos ainda designação de servidor em estágio probatório para outro cargo:

“Tem-se discutido sobre a designação de agentes em estágio probatório para cargos de confiança. Os Tribunais de Contas têm enfrentado a hipótese, admitindo a possibilidade.

Analiso o problema em duas partes. Não reconheço impedimento algum à nomeação de agentes em estágio probatório para cargos de confiança, mas não admito a contagem do tempo de serviço prestado no exercício do cargo de livre designação e exoneração para o fim de cálculo do tempo necessário a completar o estágio probatório. O prazo deve ser suspenso, voltando a ser contabilizado apenas com o retorno do servidor ao cargo efetivo.

DIÓGENES GASPARINI manifesta-se em sentido divergente ao exposto. Segundo o autor, dadas as finalidades do estágio probatório, não é possível,

14 Apud MODESTO, Paulo. Idem. Nota de rodapé à p. 18.

15 MODESTO, Paulo. Idem, .p. 18 e ss.



ainda que lei a regulamente, a designação ou nomeação do servidor em estágio probatório para exercer outro cargo, e muito menos entendemos viável seu comissionamento em outra entidade. O afastamento do servidor do efetivo exercício do cargo efetivo, durante o estágio probatório, impede a necessária verificação de sua aptidão para o exercício das atribuições do cargo que titulariza.

O argumento, embora respeitável, não convence. Confunde a possibilidade de comissionamento (que é recusada pelo autor citado) com o problema da avaliação no cargo efetivo (que pode ser suspensa). Havendo suspensão, não há prejuízo algum para a avaliação exigida pelo estágio probatório, que reiniciará quando houver retorno do servidor ao seu cargo efetivo.

É certo que a matéria é entregue à lei, que pode autorizar ou não a suspensão do período do estágio, a partir da aceitação pelo servidor da designação para o cargo comissionado. Mas a hipótese não pode ser considerada inviável de forma liminar.”.

45. Já quanto à **hipótese b**, ou seja, cessão de servidor em estágio probatório para exercício de cargo comissionado em distinta unidade federativa, não há razões para possibilitá-la de modo mais flexível que a cessão de servidor em estágio probatório para exercício de cargo comissionado em distinto órgão/entidade da mesma unidade federativa. As razões são idênticas.

46. Será viável apenas para ocupação de cargo comissionado de natureza especial ou equivalente. Havendo correlação de atribuições - o que é improvável - não haverá necessidade de suspensão do estágio probatório. Em caso contrário, o estágio probatório será suspenso até o retorno do servidor ao regular exercício do cargo onde busca efetivação.

Princípios Constitucionais Violados

47. Consideramos que interpretação distinta da exposta quanto às hipóteses em estudo – i. é., possibilidade de ocupação de cargo comissionado ou função de confiança por servidor em estágio probatório sem correlação entre as atribuições dos cargos ou sem a suspensão do estágio probatório – violaria flagrantemente o art. 37, *caput*.

48. No *caput* do art 37 encontram-se os **princípios da moralidade administrativa e da eficiência**.



49. A moralidade administrativa – conceito jurídico indeterminado, tal qual interesse público – caracteriza-se pelas idéias de função administrativa¹⁶ e de legitimidade (não simplesmente a legalidade formal, mas sua substancialidade). Seu conteúdo não se limita - apesar de evidentemente comportá-las - às idéias de probidade, lealdade e boa-fé. Tal restrição implicaria limitar sensivelmente a potencialidade do instituto. A imoralidade administrativa vem sendo identificada em situações como, p. ex., de desvios funcionais e demais desvios de finalidade.

50. Leciona MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO¹⁷:

“A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos. Por isso mesmo, a imoralidade salta aos olhos quando a Administração Pública é pródiga em despesas legais, porém inúteis, como propaganda ou mordomia, quando a população precisa de assistência médica(...). Não é preciso, para invalidar despesas desse tipo, entrar na difícil análise dos fins que inspiraram a autoridade; o ato em si contraria o seu objeto, o seu conteúdo, contraria a ética da instituição, afronta a norma de conduta aceita como legítima pela coletividade administrada. **Na aferição da imoralidade administrativa, é essencial o princípio da razoabilidade**”(grifamos).

51. Quanto ao princípio da eficiência, seu conteúdo relaciona-se à busca pela otimização de resultados à Administração, atendida, evidentemente a legalidade. Nesse sentido:

“A Administração Pública é regida por vários princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (Const. art. 37). Outros também evidenciam-se na Carta Política. Dentre eles, o princípio da eficiência. A atividade administrativa deve orientar-se para alcançar resultado de interesse público.” (STJ – 6ª T. - RMS nº 5590/95-DF – Rel. Min. L.V.Cernicchiaro, DJ de 10/6/96, p. 20.395).

52. Concretamente, quanto à relação da eficiência e a avaliação procedida em estágio probatório:

“Servidora pública em estágio probatório pode ser dispensada por não convir à Administração a sua permanência, após ter sido apurado em sindicância regular, com ampla defesa assegurada, que praticou atos incompatíveis com a função do cargo em que se encontrava investida. O estágio tem por escopo

16 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 84.

17 DI PIETRO, Maria Sylvia, Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988, Atlas, São Paulo, 1991, p. 111.



verificar se a pessoa habilitada no concurso preenche os requisitos legais exigidos, sua idoneidade moral, a disciplina, a eficiência, a aptidão, a assiduidade." (STJ – 5ª T. - RMS nº 1912-3-MG – Rel. Min. J. Costa Lima, DJ de 14/11/94).

53. Deve-se, portanto, examinar, no caso em análise, **se a permissão para avaliação do servidor mesmo não exercendo as atribuições do cargo que efetivará é razoável, se a finalidade substancial do estágio probatório será atingida com tal avaliação, se a existência de tal instituto - enrijecido após a EC nº 19/98 –, dada a gravidade das conseqüências de sua superação pelo servidor (efetivação/estabilização), permite tal esvaziamento, se a eficiência administrativa restaria incólume com tal procedimento. Entendemos que não.**

54. As conclusões atingidas, ao fim de tal estudo, são:

- a cessão de servidor em estágio probatório para exercício de cargo comissionado em outro órgão/entidade – distinto de onde foi empossado - da mesma unidade federativa só é possível para cargos de natureza especial ou equivalente e se as atribuições de ambos os cargos forem correlatas (não havendo necessidade de suspensão do estágio probatório) ou, se não forem correlatas, havendo suspensão do estágio probatório;
- a cessão de servidores em estágio probatório para exercício de cargo comissionado em outra unidade federativa só pode ocorrer nas mesmas hipóteses da situação anterior;
- o § 1º do art. 10 da Lei em estudo deve ser interpretado restritivamente, de modo a que a avaliação do servidor em estágio probatório e cedido a outro órgão/entidade somente seja efetuada onde tiver exercício, caso as atribuições de ambos os cargos sejam semelhantes; caso tais atribuições não sejam semelhantes e sendo cedido o servidor, o estágio probatório deve ser suspenso.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Quarta Inspeção de Controle Externo - 4ª DT

TCDF - 4ª ICE - 4ª DT
Processo n.º 13456/06
Folha n.º
Rubrica

Em face do exposto, propomos ao Plenário tomar conhecimento das conclusões ofertadas no parágrafo precedente.

À superior consideração.

Brasília, 16 de agosto de 2006.

Antonio Carlos Alves Linhares
Analista de Finanças e Controle Externo
Matr. 439-1