AS CAUSAS DE VACÂNCIA DO CARGO PÚBLICO E O DIREITO DE RECONDUÇÃO DO SERVIDOR ESTÁVEL

Paulo Álvares Babilônia
Advogado da União, em exercício no Departamento de Assuntos Jurídicos Internos da AGU - DAJI; Ex-Subprocurador-Chefe do Banco Central do Brasil; Pós-graduado em Direito Processual Civil e em Direito Público. E-mail: paulobabilonia@terra.com.br

RESUMO: As causas de vacância do cargo público no âmbito da União estão previstos no art. 33, incisos I a IX, da Lei nº 8.112/90, devendo-se se somar às mesmas, as vacâncias causadas por "*destituição de cargo em comissão*"; "*perda do cargo por sentença penal condenatória"*; "*perda do cargo do servidor estável*"; e "*anulação do ato de investidura"*. A Lei nº 8.112/90 dispõe que a exoneração do cargo efetivo ocorre apenas em 2 (duas) situações (*a pedido do servidor* e *de ofício).* A exoneração a pedido, como o próprio nome indica, somente pode ocorrer a pedido do próprio servidor. Afronta o Princípio da Legalidade a Administração, *sponte propria*, exonerar, a pedido, o servidor, quando este pede vacância do cargo por posse em outro cargo inacumulável. A lei estatutária, ao prever a vacância de cargo público por posse em outro cargo inacumulável não restringiu esta possibilidade apenas aos cargos públicos federais, até porque se assim o fizesse estaria possibilitando a cumulação de cargos públicos federais, estaduais ou municipais, justamente o que se quer evitar. O direito de regresso do servidor da União, estável, não pode ser restrito apenas aos que tomam posse em outro cargo no âmbito da própria União, sendo totalmente irrelevante, sob o ponto de vista do interesse da norma, se o novo cargo é de regime jurídico diverso ou se encontra no âmbito de outro ente da federação; não podendo, o intérprete, restringir, para prejudicar, quando a própria lei não o faz. O direito de recondução do servidor da União não ofende, em nenhuma hipótese, o princípio da autonomia dos entes federados, já que é adquirido no âmbito da União e exercido perante ela própria.

PALAVRAS-CHAVE: Vacância. Cargo. Recondução**.**

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 As Causas de Vacância Previstas na Lei nº 8.112/90; 2.1 Comentários sobre as causas de vacância; 2.2 Causas de vacância não previstas no art. 33 da Lei nº 8.112/90; 3 Pronunciamentos da Advocacia-Geral da União - AGU, sobre o Direito de Recondução do Servidor Estável; 3.1 Da inexistência de ofensa ao Princípio Federativo; 4 Entendimentos do STJ E STF sobre o Tema; 5 Da Inexistência de Distinção Legal entre os cargos públicos pra Efeitos de Vacância por posse em cargo Público Inacumulável; 6 Da Possibilidade de o Servidor Público Adquirir Direitos Perante A Administração;7 Conclusão; 8 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Instituto muito utilizado no dia a dia da administração pública e ao mesmo tempo ainda mal compreendido e aplicado, não só quanto à sua natureza jurídica, como também quanto aos efeitos jurídicos que suas modalidades acarretam, é o da Vacância do cargo público, entendido como sendo, em Direito Administrativo[1], *"a situação do cargo que está sem ocupante*"[2].

---

[1] No Direito Sucessório, também se fala em vacância dos bens jacentes, quando não reclamados pelos herdeiros no prazo legal.

[2] Medauar, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 266.

Temos presenciado uma grande perplexidade por parte de servidores públicos da União que, tendo sido aprovados em concursos para outros cargos públicos, solicitam vacância para posse em outro cargo inacumulável. Ocorre que a União somente vem concedendo tal espécie de vacância quando o requerente visa tomar posse em outro cargo inacumulável no âmbito da própria União e sujeito ao mesmo regime jurídico do cargo anterior. Nos demais casos – em que pese o requerimento do servidor ser o de "vacância para outro cargo inacumulável" – a União tem "exonerado, a pedido" o servidor, o que, não raras vezes, vem causando grandes descontentamentos e inúmeras ações judiciais em face da União.

Diante desse quadro, entendemos que seria necessário verificar, de forma mais crítica, os motivos dessa forma de agir da Administração Federal. Buscaremos, assim, através deste trabalho, identificar as causas de vacância, previstas na lei regedora da matéria – com especial enfoque na causa de vacância por posse em outro cargo inacumulável -, bem como os seus efeitos jurídicos, como forma de se propiciar uma maior elucidação do tema e, quem sabe, contribuir para uma melhor atuação dos entes públicos nos casos relacionados à matéria.

2 AS CAUSAS DE VACÂNCIA PREVISTAS NA LEI Nº 8.112/90

As causas de vacância do cargo público encontram-se previstas, em sua maioria, nos arts. 33 e segs. da Lei nº 8.112/90, nos seguintes termos:

Art. 33. A vacância do cargo público decorrerá de:

> I – exoneração;
>
> II – demissão;
>
> III – promoção;
>
> IV – (Revogado pela Lei 9.527/1997)[3];
>
> V - Revogado pela Lei 9.527/1997)[4];
>
> VI - readaptação;
>
> VII - aposentadoria;
>
> VIII - posse em outro cargo inacumulável;
>
> IX - falecimento.
>
> Art. 34. A exoneração de cargo efetivo dar-se-á a pedido do servidor, ou de oficio.
>
> Parágrafo único. A exoneração de ofício dar-se-á:
>
> I - quando não satisfeitas as condições do estágio probatório;
>
> II - quando, tendo tomado posse, o servidor não entrar em exercício no prazo estabelecido.
>
> Art. 35. A exoneração do cargo em comissão e a dispensa de função de confiança dar-se-á:
>
> I - – a juízo da autoridade competente;
>
> II – a pedido do próprio servidor.
>
> Parágrafo único. (Revogado pela Lei 9.527/1997).

---

[3] Tratava-se, tal inciso, da "Ascensão", forma de provimento derivado vertical, muito comum, antes da CF/88. Consubstanciava-se em acesso a nova carreira (de nível inferior para outra de nível superior), sem concurso ou por meio de concurso interno. A ADIn nº 837-4/DF julgou inconstitucional, dentre outros, o Inciso IV do art. 33 da Lei nº 8.112/90.

[4] Neste inciso, a causa de vacância prevista era a "transferência", forma de provimento derivado horizontal. No julgamento da ADIn nº 231-RJ, o STF deixou expresso que o provimento de cargo público mediante "transferência", que também se encontrava previsto no art. 8º, IV, e art. 23, §§ 1º e 2º, da Lei nº8.112/90 é ofensivo ao Princípio do Concurso Público, já que se caracteriza como sendo a passagem do servidor estável de cargo efetivo para outro de mesmo nível e do mesmo Poder.

2.1 Comentários sobre as causas de vacância

A primeira causa de vacância prevista na lei é a exoneração e, seguindo-se a boa técnica legislativa de não se adentrar no terreno pantanoso das conceituações, deixando tal tarefa à doutrina, a exoneração não foi conceituada, restringindo-se, a lei, a determinar os casos em que a mesma ocorrerá.

A lei prevê que poderá ocorrer exoneração nas 2 (duas) espécies de cargos públicos:

a) de cargo efetivo (art. 34) e,

b) de cargo em comissão (art. 35). Para as funções de confiança – que não são cargos - haveria mera dispensa (art. 35, segunda parte).

Assim, nos termos do art. 34 da lei estatutária, temos que a exoneração do cargo efetivo dar-se-á:

a) "a pedido do servidor", ou,

b) "de ofício".

Já o parágrafo único do art. 34 prevê os casos de exoneração de ofício, a saber:

a) "quando não satisfeitas as condições do estágio probatório"; e

b) "quando, tendo tomado posse, o servidor não entrar em exercício no prazo estabelecido". Estes são, pois, os dois únicos casos de exoneração de ofício previstos na lei estatutária. E, fora desses dois casos de exoneração de ofício, temos apenas mais um caso de exoneração de cargo efetivo, que é a exoneração a pedido.

Quanto à exoneração de cargo em comissão, também chamados de "cargos de confiança", a mesma pode ocorrer em duas hipóteses (art. 35):

a) a juízo da autoridade competente, daí porque serem classificados como cargos de exoneração "*ad nuntum*" ; e,

b) a pedido do próprio servidor.

Vale lembrar que não há que se confundir os institutos da "exoneração" com os da "demissão" (pena expulsória aplicada ao servidor ocupante de cargo efetivo que comete ilícito administrativo) e da "destituição de cargo em comissão" (pena expulsória aplicada ao ocupante de cargo em comissão que comete ilícito administrativo), previstas nos incisos III e V do art. 127 da Lei 8.112/90, por terem, estes últimos, notória natureza punitiva ao contrário daquela. A semelhança entre "exoneração" e "demissão" é a de que ambas são causas de vacância do cargo público.

De outra parte, a relação que se faz entre "demissão" e "destituição de cargo em comissão" é a de que ambas são espécies de penas disciplinares, aplicadas após o devido processo administrativo disciplinar; mas enquanto a primeira se aplica aos detentores de cargos efetivos, a última se aplica aos ocupantes de cargos em comissão. Nesta espécie de vacância do cargo, o servidor rompe o vínculo jurídico-funcional com a Administração.

A promoção, causa mais corriqueira de vacância[5], é espécie de provimento derivado, já que pressupõe existência de vinculo anterior com a Administração, e significa a progressão vertical na carreira, *"pela qual se passa de um cargo de classe inferior para um cargo de classe superior, da mesma natureza de trabalho"*[6]. *Maria Sylvia Zanella Di Pietro* observa que a *"Promoção é, ao mesmo tempo, ato de provimento no cargo superior e vacância no cargo inferior"*[7].

---

[5] Isto porque um mesmo servidor pode ter, durante sua vida funcional, várias promoções.

[6] Medauar, Odete. op. cit, p. 267.

[7] Di Pietro, Maria Sílvia Zanella. **Direito Administrativo**, 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 585.

A readaptação, causa de vacância prevista no inciso VI do art. 33, é a *"investidura do servidor em cargo de atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental verificada em inspeção médica*", devendo ser efetivada em cargo de atribuições afins, respeitada a habilitação exigida, nível de escolaridade e equivalência de vencimentos e, na hipótese de inexistência de cargo vago, o servidor exercerá suas atribuições como excedente, até a ocorrência de vaga; notando-se, ainda, que, caso julgado incapaz para o serviço público, o readaptando será aposentado, conforme disciplinado pelo art. 24 e seus §§ 1º e 2º. A Readaptação é causa de vacância, uma vez que, neste caso, o servidor por passar a sofrer limitações de ordem física ou mental não pode continuar exercendo as atribuições do cargo que vinha ocupando, devendo ocupar outro cargo, com atribuições compatíveis com o seu novo estado físico ou mental. Note-se que, nesta modalidade de vacância, o servidor não se desvincula da Administração, passando a ocupar, apenas, outro cargo.

A aposentadoria, que figura entre as causas mais comuns de vacância, prevista no inciso VII do art. 33, é, no dizer de Hely Lopes Meirelles[8], "a garantia de inatividade remunerada reconhecida aos servidores que já prestaram longos anos de serviço, ou se tornaram incapacitados para suas funções".

Para Marçal Justen Filho[9], "a aposentadoria é o ato estatal unilateral e complexo que investe o ocupante de cargo público de provimento efetivo na condição de inativo, assegurando-lhe a percepção vitalícia de proventos em valor determinado e produzindo a vacância do cargo público.

A seguir, temos a posse em outro cargo inacumulável (inciso VIII do art. 33). Marçal Justen Filho[10], ao tratar das causas de vacância[11], pondera que a Lei nº 8.112/90 teria incorrido em equívoco ao qualificar a posse em outro cargo inacumulável como hipótese de vacância, sob o argumento de que, por si só, a ausência de possibilidade de acumulação de cargos conduz à impossibilidade de posse em outro cargo. Assim, no entendimento do abalizado administrativista, o servidor, antes de ocupar o novo cargo, deveria pedir exoneração a pedido; sendo inócua, portanto, a previsão de tal hipótese de vacância.

Já para Aloísio Zimmer Júnior[12], "a posse em outro cargo inacumulável é forma de vacância aplicada, por exemplo, nas ocasiões em que o servidor público estável, aprovado em novo concurso público, igualmente sob as regras da Lei nº 8.112/90, desejar preservar a possibilidade da recondução. [...]. A exoneração rompe, em definitivo, o vínculo anterior, porém a declaração de posse em outro cargo inacumulável viabiliza a sua posterior recondução. [...]."

Por fim, como última causa de vacância prevista no rol do art. 33 da Lei nº 8.112/90, encontra-se o falecimento do servidor em atividade (inciso IX). Tal causa, por óbvio, não suscita maiores dúvidas quanto a se tratar de causa de vacância do cargo público, observando-se que, quando ocorre com o servidor já aposentado, não há que se falar em vacância, uma vez que esta já ocorrera quando da concessão da aposentadoria.

2.2 Causas de Vacância não previstas no art. 33 da Lei nº 8.112/90

Cremos que por mero esquecimento, o art. 33 da Lei 8.112/90 não previu a destituição de cargo em comissão como sendo, também, uma das causas de vacância do cargo público (no caso, cargo em comissão), já que o Capítulo II (Da vacância) trata não somente dos cargos efetivos, como, também, dos cargos em comissão.

---

[8] Meirelles, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 21. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1996. p. 391.

[9] *In* Obra Citada, p. 658.

[10] Justen Filho, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 654-658.

[11] Para Marçal Justen Filho (obra citada, p. 655), as causas de vacância se classificam em 2(dois) grupos: 1) vacância por extinção do vínculo (exoneração, perda do cargo estável, demissão, anulação do ato de investidura, falecimento); e, 2) vacância por modificação do vínculo (promoção, readaptação e aposentadoria).

[12] Zimmer Júnior, Aloísio. **Curso de Direito Administrativo.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 281.

Alex Muniz Barreto[13] também cita como causa de vacância, não prevista no art. 33 da lei estatutária, a perda do cargo por sentença penal condenatória, que se caracteriza como o efeito decorrente da condenação criminal, nas situações do art. 92, I, do Código Penal.

Também *Marçal Justen Filho*[14] aponta outras 2 (duas) causas não previstas no rol do art. 33 da lei sob comento, quais sejam, a *perda do cargo do servidor estável* e a *anulação de ato de investidura*.

A *perda do cargo do servidor estável* é hipótese assemelhada à exoneração, autorizada pelo art. 169, § 4º da Constituição Federal e é utilizada, apenas, como instrumento de redução de despesas totais com pessoal, respeitando-se o princípio da impessoalidade e proporcionalidade. Pressupõe a edição de normas gerais, destinadas a assegurar o tratamento isonômico[15]. É, ainda, medida de caráter excepcional, na medida em que a administração deve demonstrar que nenhuma outra providência poderia produzir o fim buscado.

Quanto à *anulação do ato de investitudura*, esta ocorre quando se verifica que o ato de investidura do servidor padece de defeito insuperável; devendo, assim, ser anulado o ato, respeitando-se o devido processo legal.

3 PRONUNCIAMENTOS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – AGU SOBRE O DIREITO DE RECONDUÇÃO DO SERVIDOR ESTÁVEL

Sobre o tema, merecem comentários alguns pronunciamentos da Advocacia-Geral da União – AGU, uma vez que orientam a atuação de toda a Administração Pública Federal em relação aos casos da espécie.

Conforme já assentado, a AGU vem concedendo "exonerações, a pedido", quando o servidor solicita "vacância para posse em outro cargo inacumulável". O entendimento da AGU é de que somente caberia "vacância para posse em outro cargo público inacumulável" na hipótese em que esse "outro cargo inacumulável" pertence à própria União e sujeito ao mesmo regime jurídico da Lei nº 8.112/90.

O entendimento acima sobre a matéria – do qual discordamos – *data venia*, encontra-se sustentado na Nota Nº AGU/MC-11/2004, cujos trechos transcrevemos abaixo:

> A posse em outro cargo inacumulável, de qualquer dos Poderes da União, sem romper o vínculo provoca a vacância, mas, porque no mesmo âmbito funcional, não impede (em caso de insucesso no estágio) a eventual recondução ao cargo anterior (art. 20, § 2º e art. 29, II L. 8.112/90) e por isto dispensa a exoneração. Já na hipótese de posse em cargo inacumulável de outra entidade de direito público interno ou da sua Administração Indireta, se inacumulável, determina a vacância daquele mas não resguarda os eventuais efeitos de recondução anterior porquanto a vinculação entre o servidor e a Administração, neste caso, estabeleceu-se com *pessoa distinta, não se podendo, então, compelir pessoa diversa por ato de outra, pena de infração à autonomia constitucional ou legal.* Daí a necessidade formal da exoneração e, então, a justificação lógica dela (art. 20, § 2º Lei 8.112). (grifo nosso).
>
> Para esse efeito, portanto, o vínculo com a Administração esgota-se nos limites da autonomia da pessoa jurídica à qual o servidor presta sua colaboração, tanto quanto os direitos daí decorrentes que a lei não tenha expressamente ressalvado.

---

[13] Barreto, Alex Muniz. **Direito Administrativo Positivo.** Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 210.

[14] *In* Obra Citada, p. 656.

[15] A Lei nº 9.801/99 disciplinou a matéria no âmbito federal.

Mais adiante, a referida Nota aborda, em especial, a possibilidade de retorno do servidor na hipótese de passagem para outro cargo regido por regime jurídico diverso do anterior, mas no âmbito da própria União Federal, quando defende que:

> Respondendo às eventuais dúvidas, parece certo afirmar que [...] c) a posse em cargo inacumulável no mesmo ou outro Poder da União, da mesma ou pessoa diversa, *com regime especial ou estatuto próprio*, acarreta a vacância do cargo anterior, *com ruptura do vínculo* e instituição de outro novo vínculo, e com as vantagens, direitos e prerrogativas da legislação especial própria, *sem possibilidade de recondução*, hipótese em que *é sempre necessária a exoneração* do cargo anterior *a pedido* do servidor (é o caso da magistratura e do MP cujo regime funcional é próprio)." (grifo do autor).
>
> Nesse sentido, do ponto de vista prático, servidor da União que vai exercer cargo inacumulável de *natureza ou regime especial*, com estatuto próprio, ou que se desliga do serviço da União, ressalvadas as expressas exceções legais (cargo comissionado, cargo eleitoral, promoção), *terá de exonerar-se* sem prejuízo da posse importar na vacância do anterior. (grifo nosso).

A referida Nota procura buscar respaldo no r. Parecer AGU/WM-1/2000, que examinou pedido de restabelecimento de incorporação de quintos adquiridos por servidor quando ocupou cargo no âmbito da União. Entendeu, tal parecer, que:

> a investidura de titular de cargo de Estado-membro, do Distrito Federal ou de Município em cargo federal inacumulável não restabelece direitos que tenham sido adquiridos em decorrência de cargo anteriormente exercido na União e extintos com a desvinculação. O tempo de contribuição ou de serviço prestado às primeiras unidades federativas é considerado para efeito de aposentadoria.

No entendimento do r. parecer acima, a posse de servidor da União em outro cargo inacumulável, pertencente a estado-membro ou a carreira regida por regime jurídico próprio, faz romper o vínculo jurídico com a União, e com isto restariam perdidos, em definitivo, eventuais direitos adquiridos em face da mesma. Ressalta, o r. parecer, ratificando a Nota Técnica CAJ/DGA-AGU/Nº 507/99, que analisou caso semelhante, que não ocorrerá perda de direitos, se a migração ocorrer entre cargos públicos no âmbito dos Poderes da União (Executivo, Legislativo e Judiciário), por não haver, nestes casos, "quebra do vínculo jurídico com o ente estatal União", continuando ser regido pelo mesmo regime jurídico dos servidores públicos da União, Autarquias e Fundações Públicas Federais, ou seja, a Lei nº 8.112/90.

O caso analisado pelo d. Parecer N. AGU/WM-1/2000, no entanto, não pode servir de paradigma para o pedido de recondução, por várias razões, a saber:

1) tratam de pedidos de natureza jurídica distinta. Enquanto o pedido de incorporação de quintos é de natureza patrimonial[16], o de recondução é de natureza não patrimonial. Tal circunstância possui relevância, haja vista que cada ente federativo possui o seu próprio orçamento e suas próprias obrigações pecuniárias;

2) o referido parecer sustenta que as incorporações de vantagens (tais como a incorporação de quintos) obtidas no âmbito de um ente da federação, não vinculam, nem obrigam outro ente ao reconhecimento de tais vantagens. Já o direito de recondução é adquirido no âmbito da União e deve ser reconhecido por ela própria, não havendo, na espécie, qualquer obrigação para que um ente reconheça tal direito adquirido em face de outro;

3) o mencionado parecer entende que a posse em outro cargo inacumulável pertencente a outro ente da federação acarreta a quebra do vínculo com a

---

[16] ARAÚJO, Edmir Netto de. *In* Curso de Direito Administrativo, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 332, classifica os direitos adquiridos pelos servidores em face da Administração em 2 (dois) grupos: **1)** direitos ou vantagens de ordem pecuniária; e, **2)** direitos e vantagens de ordem não pecuniária.

> Administração Federal, fazendo extinguir direito de incorporação de quintos ocorrido em seu âmbito. Ocorre que o direito de recondução, de natureza peculiar, pressupõe, justamente, a quebra do vínculo com o cargo anterior (que poderá, inclusive, ser ocupado por outra pessoa), e, por conseqüência com a União. Tivesse a manutenção do vínculo jurídico com a União relevância para o exercício do referido direito de recondução, a lei, por certo, teria mencionado tal condição.

Deve-se frisar, sobretudo, que a conduta da AGU que "exonera, a pedido" o servidor que requer "vacância para ocupar outro cargo inacumulável" ofende, frontalmente, um dos princípios basilares do Direito Administrativo pátrio, qual seja, o Princípio da Legalidade.

Isto porque os casos de vacância do cargo público - comentados no item II.1, desta peça - , estão disciplinados pela Lei nº 8.112/90; não podendo, a Administração, negar vigência aos dispositivos legais.

De sorte que, não tendo o servidor pedido a exoneração, não pode a administração, arbitrariamente, considerar que se trata de "exoneração a pedido"; não sendo, ainda, hipótese de exoneração de ofício, nos termos do art. 34, parágrafo único, da lei sob análise.

3.1 Da inexistência de ofensa ao Princípio Federativo

Ademais, ao contrário do que defendido na Nota Nº AGU/MC-11/2004, com a devida vênia, não cabe alegar ofensa ao Princípio Federativo ao se possibilitar o direito de regresso do servidor que pede vacância para ocupar cargo pertencente a outro ente federativo ou para cargo regido por outro regime jurídico, pois o fato de reconhecer um direito ao ex-servidor de recondução ao cargo somente fortalece o Princípio Federativo e a harmonia entre os entes federados e os órgãos públicos.

Observe que a natureza desta possibilidade de recondução é totalmente diferente da situação de um ex-servidor de algum ente da federação (estados, DF e municípios), que tendo adquirido algum direito no âmbito de tal unidade federativa, pleiteia que a União reconheça tal direito, após tomar posse em cargo da Administração Federal. Ora, neste caso, estar-se-ia, realmente, pretendendo que a União reconhecesse um direito devido por outro ente federativo e não por ela, e, nesta hipótese, haveria, pelo menos, em princípio, ofensa à autonomia dos entes federativos. Atenta-se que, no exemplo dado, o servidor teria adquirido o seu direito no âmbito do Estado-membro, DF ou município, e não no âmbito da União.

4 ENTENDIMENTOS DO STJ E STF SOBRE O TEMA

Cabe observar que o eg. Superior Tribunal de Justiça –STJ, em julgamento do Mandado de Segurança nº 12.107-DF[17], acolheu a tese da União, no sentido de que a vacância por posse em outro cargo inacumulável somente seria viável quando não ocorresse diversidade de regime jurídico entre os cargos.

Anota-se, todavia, que o impetrante interpôs Recurso Ordinário (RMS nº 26.644-2-DF) em face do julgamento acima para o eg. Supremo Tribunal Federal – STF, e, em que pese a referida matéria estar aguardando julgamento, o d. Ministério Público Federal, por meio de r. parecer da lavra do Exmo. Sr. Subprocurador-Geral da República *Franciso Adalberto Nóbrega,* manifestou-se pelo provimento do recurso, nos seguintes termos, *verbis*:

> [...]
>
> Para o recorrente a exoneração dá-se a pedido do servidor ou de ofício (art. 34 da Lei 8.112/90), não restando alternativa à administração que não declaração de vacância do cargo.

[17] MS nº 12.107-DF, Relator: Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, Data do Julgamento: 22.11.2006.

> Há de prosperar a irresignação do recorrente, vez que o ato praticado pela autoridade coatora não se encontra respaldo pelo princípio da legalidade que deve reger todos os atos dos agentes públicos.
>
> É que a exoneração, hipótese de desinvestidura de cargo ou emprego público, só pode ocorrer nas hipóteses traçadas no art. 34 do diploma mencionado.
>
> Nos termos lecionados por Hely Lopes Meirelles:
>
>> Exoneração é desinvestidura:
>>
>> a pedido do interessado – neste caso, desde que não esteja sendo processado judicial ou administrativamente;
>>
>> de ofício, livremente (ad nutum), nos cargos em comissão; e
>>
>> motivada, nas seguintes hipóteses:
>>
>> c.1) do servidor não estável no conceito do art. 33 e da EC 19, para os fins previstos pelo art. 169, § 4º, II, da CF;
>>
>> c.2) durante o estágio probatório (CF, art. 41, § 4º);
>>
>> c.3) do servidor estável, por insuficiência de desempenho (CF, art. 41, § 1º, III) ou para observar o limite máximo de despesa com pessoal ativo e inativo (CR, art. 169, § 4º).
>
> *Em verdade, não foi o pedido do servidor que motivou a exoneração, de modo que ela não poderia ser enquadrada na hipótese de "exoneração a pedido.*
>
> Também não se enquadra na hipótese ad nutum, vez que não se trata de cargo em comissão e sendo efetivo no cargo, tal hipótese só teria respaldo legal se precedido de processo administrativo ou judicial:
>
> [...]
>
> Também não se enquadra o servidor na última hipótese de exoneração. Hely Lopes Meirelles nos ensina que, para que ocorra a exoneração do estável por iniciativa da Administração Pública, exige-se que seja motivada por insuficiência de desempenho ou para observância do limite de despesa com pessoal previsto no art. 169 da Constituição Federal.
>
> Por fim, o art. 33 da Lei 8.112/90, prevê a ocorrência de vacância decorrente de posse em outro cargo inacumulável. E não é esse o caso dos autos?
>
> *Desta feita, não resta outra alternativa ao administrador que não a efetivação da vacância pleiteada, sob pena de se violar o princípio da legalidade.*
>
> Ante o exposto, a manifestação ministerial é pelo provimento do presente recurso ordinário. (grifo nosso).

A propósito, o eg. STF analisou caso semelhante, no julgamento do Mandado de Segurança nº 22.933-0, que tratou de pedido apresentado por Agente da Polícia Civil do Distrito Federal, que pretendia ser reconduzido ao anterior cargo na União Federal. Neste caso, a corte suprema julgou procedente o pedido do autor, concedendo a sua recondução, por entender que não haveria infringência ao Princípio da Autonomia dos entes federativos, levando-se em conta que a Polícia Civil do Distrito Federal é mantida pela União. Ressalte-se, contudo, que o STF, por entender imbricada a questão, preferiu não aprofundar a análise sobre o cabimento da recondução no caso de o cargo pertencer a outro ente da federação, que não o Distrito Federal. Foi o que deixou expresso o em. Ministro Relator Sepúlveda Pertence, *verbis*:

> De incício, impressionou-me o problema da diversidade das esferas federativas, *que deixo para examinar se e quando surgir efetivamente*. Sabidamente, na matéria, sou mais radical do que o próprio advogado do impetrante: tendo a concluir que, aí, no mínimo, é ociosa a lei distrital que manda aplicar, no que toca aos policiais, a lei federal: a legislação federal se aplica à Polícia do Distrito Federal, porque se trata de serviço federal, embora de âmbito local.

5 DA INEXISTÊNCIA DE DISTINÇÃO LEGAL ENTRE CARGOS PÚBLICOS PARA EFEITOS DE VACÂNCIA POR POSSE EM CARGO INACUMULÁVEL

Frisa-se: a Lei nº 8.112/90 não faz qualquer outra exigência para que o ex-servidor possa regressar aos quadros da Administração Federal, sendo certo que se deve aplicar,na espécie, a regra de hermenêutica segundo a qual "*onde a lei não distingue não cabe ao intérprete fazê-lo".* Até porque, se restringisse esta forma de vacância somente aos cargos da União, estaria possibilitando a cumulação de cargos federais, estaduais ou municipais, justamente o que se quer evitar.

A propósito, nessa linha de interpretação, já se manifestou a d. Consultoria-Geral da República por meio do Parecer nº SR-004, da lavra do eminente *José Saulo P. Ramos,* do qual extraem-se os seguintes trechos:

> [...] Ora, as disposições legais favoráveis se interpretam favoravelmente. Não se podem estabelecer, pela exegese, restrições que a lei não consagra. Carlos Maximiliano, em Hermenêutica e Aplicação do Direito, formula ensinamentos que vale a pena trazer à colação: **cumpre atribuir ao texto um sentido tal que resulte haver a lei regulado a espécie a favor, e não em prejuízo de quem ela evidentemente visa proteger** (op. Cit. 9ª edição, p. 156);...as circunstâncias extrínsecas revelam uma idéia fundamental mais ampla ou mais estreita e põem em realce o dever de estender ou restringir o alcance do preceito (p. 199); O legislador declara apenas um caso especial, porém a idéia básica deve ser aplicada na íntegra, em todas as hipóteses que na mesma cabem (p. 199); O texto menciona o que é mais vulgar, constante. Já afirmara Juliano:...'Nem as leis, nem os senatu-consultos podem ser escritos de modo que compreendam todos os casos suscetíveis de ocorrer em qualquer tempo; será bastante abrangerem os que sobrevêm com freqüência maior' (p. 200); **Tanto a exegese rigorosa como a liberal se inspiram na letra e no espírito e razão da lei**: **tomam cuidado com os males que o texto se propôs evitar ou combater, e com o bem que deveria proporcionar** (p. 203). E finalmente lembra o brocardo latino: Odiosa restringenda, favorabilia amplianda. Restrinja-se o odioso; amplie-se o favorável. [...] A lei não consagra restrições, mas garantias.É à luz desse espírito que deve ser interpretada, não cabendo o estabelecimento aleatório de supostas circunstâncias em que suas disposições não se aplicariam.

Portanto, se o servidor cumpriu os requisitos legais para se adquirir o direito à recondução, quais sejam, ser servidor estável e não ser aprovado no estágio probatório do novo cargo (ou desistir do mesmo, durante o prazo de aquisição da estabilidade), e não fazendo, a lei, qualquer distinção entre cargos públicos de entes federativos diversos ou de regimes diversos, não pode, a Administração, cercear o seu direito de regresso, impondo condições que a própria lei não impõe.

6 DA POSSIBILIDADE DE O SERVIDOR PÚBLICO ADQUIRIR DIREITOS PERANTE A ADMINISTRAÇÃO

Muito se tem discutido sobre a possibilidade de o servidor vir a adquirir direitos perante a Administração Pública. Tem-se, quanto a tal questão, que o fato de se encontrar o servidor regido por um estatuto não lhe retira, por óbvio, direitos que a própria lei o confere. *Marçal Justen Filho*[18] assevera, a propósito, que, *verbis*:

> A afirmativa de que o regime estatutário é incompatível com o surgimento de direito adquirido não encontra fundamento jurídico em dispositivo jurídico algum. Assim não está firmado na Constituição, e nenhuma lei poderia impor determinação dessa ordem. Afinal, o art. 5º, XXXVI, não excluiu a relação estatutária da proteção outorgada [...]. È perfeitamente possível o surgimento de direito adquirido no âmbito de relação estatutária. Tal se passará quando uma lei subordinar o reconhecimento de certo direito ao preenchimento de requisitos precisos e determinados.

---

[18] *In* obra citada, p. 631.

> Os exemplos concretos facilitam o entendimento.
>
> Suponha-se regra legal de que será computado em dobro, para fins de aposentadoria, o tempo de trabalho efetivo em condições determinadas de insalubridade. O sujeito que preencher os requisitos legais terá direito adquirido. Poderá computar em dobro, para efeito de aposentadoria, o tempo de trabalho insalubre. Nenhuma lei posterior poderá estabelecer em contrário. Será inconstitucional uma lei determinar que o tempo de trabalho insalubre do sujeito não será computado em dobro.
>
> Mas isso não impede que a lei nova estabeleça que, a partir de uma data futura, cessará de existir o regime. Ou seja, a contagem em dobro do tempo de serviço prevalecerá enquanto a lei assim o dispuser. Não se afetará o passado nem os efeitos do passado. O sujeito poderá obter sua aposentadoria, mediante a contagem em dobro do tempo de serviço insalubre, mesmo depois de revogada a lei que concedia o benefício. Mais precisamente, o sujeito poderá invocar, depois de revogado o regime de contagem em dobro, o tempo de serviço prestado antes da revogação. E essa invocação poderá ocorrer a qualquer tempo, pois o direito à contagem em dobro já fora adquirido [...].
>
> Daí a formulação tradicional, no sentido de que não é juridicamente possível adquirir direito ao regime jurídico. A natureza estatutária do vínculo significa que o Estado pode introduzir alterações, ampliando ou reduzindo a órbita de deveres e de direitos do servidor, mas tal produz efeitos quanto aos fatos verificados depois do início da vigência da lei nova. Os fatos passados estarão sujeitos ao regime jurídico então vigente e produzirão os efeitos jurídicos previstos nas leis sob cuja égide se aperfeiçoaram. [...].

Deve-se considerar que a possibilidade de retorno do servidor ao cargo anterior, no qual era estável, se deve, sobretudo, em razão de um direito individual do servidor público que adquiriu estabilidade no cargo que ocupou perante a União Federal. Não se afasta, aqui, o interesse da própria Administração de ter, de volta, o servidor, já que o mesmo já provara sua aptidão para exercer o cargo público para o qual fora aprovado em estágio probatório, mas, sem dúvida, tal possibilidade se nos apresenta muito mais como tendo sido estabelecida em benefício do próprio servidor do que propriamente da Administração. Seria, assim, uma garantia que teria o servidor da União de buscar a ocupação de melhor cargo sem o risco de perder o direito ao anterior. Não existisse tal regra, o servidor, por certo, teria relevante dúvida se se aventuraria a ocupar novo cargo, mesmo sendo de maior importância e lhe trazendo maiores benefícios ou se permaneceria no atual, para o qual já fora aprovado em estágio probatório.

Pois bem, não reconhecendo tal direito ao servidor que toma posse em outro cargo inacumulável, mesmo que este último seja regido por regime jurídico diverso ou pertencente a outro ente federativo, seria, ainda, atentar contra a *mens legis* acima identificada e, também, contra o princípio da isonomia entre os servidores da União, por não haver qualquer motivo essencial para se negar ao servidor, em tal situação, o direito de regresso. O objetivo da norma somente será alcançado, plenamente, se a mesma for aplicada em toda situação em que servidor, já estável, toma posse em outro cargo inacumulável, pertença este a qualquer esfera de poder ou ente federativo.

Portanto, se por um lado o Estado tem todo o direito de mudar as normas estatutárias – daí porque se dizer que não possui, o servidor, direito adquirido a regime jurídico – por outro, ao servidor é garantido o reconhecimento de seus direitos, que foram adquiridos segundo as próprias normas estatutárias.

7 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, podemos concluir que:

a) as causas de vacância do cargo público no âmbito da União estão previstos no art. 33, incisos I a IX, da Lei nº 8.112/90; devendo-se se somar às mesmas, outras 4 (quatro) causas, a saber: 1) *"destituição de cargo em comissão*"; 2) "*perda do cargo por sentença penal condenatória"*; 3) "*perda do cargo do servidor estável*"; e, 4) "*anulação do ato de investidura"*.

b) a lei estatutária prevê que a exoneração do cargo efetivo ocorrerá apenas em 2 (duas) situações: a) *a pedido do servidor* e, b) *de ofício*. Por sua vez, a mesma lei prevê que a exoneração do cargo efetivo "de ofício" somente ocorrerá quando: a) *o servidor, tendo tomado posse, não entra em exercício no prazo legal* e, b) *quando for reprovado em estágio probatório;*

c) a lei estatutária, ao prever a vacância de cargo público por posse em outro cargo inacumulável não restringiu esta possibilidade apenas aos cargos públicos federais, até porque se assim o fizesse estaria possibilitando a cumulação de cargos públicos federais, estaduais ou municipais, justamente o que se quer evitar;

d) a lei estatutária também não prevê como causa de exoneração a ocupação de outro cargo público fora do âmbito da União, sendo certo, pois, que em tal situação, o servidor poderá solicitar vacância por posse em outro cargo inacumulável;

e) o direito de regresso dado ao servidor da União, estável, não pode ser restrito apenas àqueles servidores que tomam posse em outro cargo no âmbito da própria União, já que o intuito da lei foi, justamente, possibilitar o retorno do servidor estável, que intenta ocupar melhores cargos, no caso de insucesso na ocupação do novo cargo, sendo totalmente irrelevante, sob o ponto de vista do interesse da norma, se o novo cargo é da própria União ou de outro ente da federação. Caso contrário, não possibilitando ao servidor tal direito, a Administração estaria desmotivando ou inibindo o servidor a buscar o seu crescimento profissional;

f) atenta contra o princípio da legalidade, a Administração, *sponte propria*, conceder exoneração de ofício, ou "a pedido", quando o servidor requer vacância por posse em outro cargo público inacumulável;

g) o reconhecimento do direito de recondução do servidor da União que requer vacância para ocupar cargo inacumulável em outro ente da federação não ofende o princípio da autonomia dos entes federados, haja vista que tal direito foi adquirido no âmbito da própria União e é exercido perante ela própria; em nada interferindo ou comprometendo o outro ente, já que não lhe gera qualquer natureza de obrigação.

8 REFERÊNCIAS

Araújo, Edmir Neto. **Curso de Direito Administrativo.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Barreto, Alex Muniz. **Direito Administrativo Positivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

Justen Filho, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Medauar, Odete. **Direito Administrativo Moderno.**, 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Meirelles, Hely Lopes**. Direito Administrativo Brasileiro.** 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

Zimmer Júnior, Aloísio. **Curso de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 281.