

Capítulo VI

SERVIDORES PÚBLICOS (DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS)

1. INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 contém uma grande quantidade de disposições nas quais são veiculados princípios e regras pertinentes à administração pública. A análise dessas disposições permite concluir que especial atenção foi dada aos agentes públicos, sendo muito numerosas as regras acerca das relações jurídicas existentes entre eles e o poder público, tais como as concernentes ao acesso a cargos e empregos públicos, à remuneração, à acumulação, à estabilidade, ao regime próprio de previdência etc.

Conforme foi exposto em outro capítulo desta obra, não há consenso doutrinário sobre nomes e classificações das pessoas que mantêm vínculo de natureza funcional com o Estado. Os artigos constitucionais que estudaremos no presente capítulo – arts. 37 a 41 – concentram-se, amplamente, em uma das categorias do gênero agentes públicos: os servidores públicos em sentido estrito, ou seja, os agentes públicos que mantêm vínculo estatutário com a administração pública, ocupando cargos públicos de provimento efetivo e cargos públicos de provimento em comissão. É verdade que algumas das regras que serão estudadas têm escopo mais abrangente, alcançando os empregados públicos e até mesmo os agentes temporários, mas, cumpre repetir, a maior parte das disposições é endereçada aos servidores públicos estatutários.

Antes de iniciarmos o estudo dos preceitos constitucionais vazados nos arts. 37 a 41, convém lembrar, sucintamente, as definições de servidor público, empregado público e agente temporário, bem como apresentar conceitos a elas relacionados, como os de cargo, emprego e função pública.

Na classificação que adotamos, a expressão agente público é a mais abrangente e genérica, incluindo toda e qualquer pessoa que mantenha algum vínculo de natureza funcional com o poder público. Denominamos agentes administrativos uma das categorias de agentes públicos.

Os agentes administrativos são todos os que exercem uma atividade pública de natureza profissional e remunerada, sujeitos à hierarquia funcional e ao regime jurídico estabelecido pelo ente federado ao qual pertencem. Subdividem-se em:

- a) **servidores públicos:** são os agentes administrativos sujeitos a regime jurídico-administrativo, de caráter estatutário (isto é, de natureza legal, e não contratual); são os titulares de cargos públicos de provimento efetivo e de provimento em comissão;
- b) **empregados públicos:** são os ocupantes de empregos públicos, sujeitos a regime jurídico contratual trabalhista; têm **contrato de trabalho** em sentido próprio e sua relação funcional com a administração pública é regida, basicamente, pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) – são chamados, por isso, de “celetistas”;
- c) **temporários:** são os contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (CF, art. 37, IX); não têm cargo nem emprego público; exercem uma **função pública** remunerada temporária e o seu vínculo funcional com a administração pública é contratual, mas se trata de um contrato de direito público, e **não de natureza trabalhista** (eles não têm o “contrato de trabalho” previsto na CLT); em síntese, são agentes públicos que têm com a administração pública uma relação funcional de direito público, de natureza jurídico-administrativa (e **não trabalhista**).

Convém esclarecer que a expressão “**servidores públicos**” é, frequentemente, empregada em um **sentido amplo**, englobando os servidores públicos em sentido estrito (estatutários) e os empregados públicos (celetistas).

Outras definições que devem ser estabelecidas, por estarem intimamente relacionadas aos conceitos acima vistos, ou por se reportarem a vocábulos ou expressões utilizados no texto constitucional, são:

a) **cargos públicos;**

Cargos 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 (Celso Antônio B. de Mello).

Os titulares de cargos públicos submetem-se ao regime estatutário ou institucional (não contratual). São os servidores públicos efetivos e comissionados, conforme o cargo seja efetivo ou em comissão. Cargos públicos são próprios de pessoas jurídicas de direito público.

b) **empregos públicos;**

Empregos públicos são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista (Celso Antônio B. de Mello).

O regime jurídico é trabalhista (contratual), embora pontualmente derogado por normas de direito público, sobretudo as que diretamente constam do texto constitucional. É a forma de contratação própria das pessoas jurídicas de direito privado.

c) **funções públicas.**

Para Maria Sylvia Di Pietro, são funções públicas as funções de confiança e as exercidas pelos agentes públicos contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (CF, art. 37, IX). Em nenhum caso há concurso público para o preenchimento de funções públicas.

Passemos ao estudo das regras constantes do art. 37 da Carta Política aplicáveis aos agentes públicos.

2. **ACESSO A FUNÇÕES, CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS**

Os primeiros incisos do art. 37 da Constituição de 1988 dispõem acerca do acesso aos cargos, empregos e funções nas administrações diretas e indiretas de todos os entes federados.

O inciso I do art. 37 afirma que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, **assim como aos estrangeiros, na forma da lei**.

Conforme se constata, há no dispositivo duas normas diferentes. Com efeito, para que os brasileiros, natos ou naturalizados, tenham possibilidade de acesso aos cargos, empregos e funções públicas, basta o atendimento aos requisitos da lei. Já os estrangeiros têm acesso a cargos, empregos e funções públicas, “na forma da lei”, vale dizer, no caso dos estrangeiros, estamos diante de norma constitucional de eficácia limitada, cuja aplicação depende de regulamentação em lei.

Cumpra lembrar, ademais, a existência de cargos que são privativos de **brasileiro nato**, enumerados no art. 12, § 3.º, da Carta Política (Presidente e Vice-Presidente da República; Presidente da Câmara dos Deputados; Presidente do Senado Federal; Ministro do Supremo Tribunal Federal; carreira diplomática; oficial das forças armadas; Ministro de Estado da Defesa).

Decorre também do inciso I do art. 37 a exigência de que os requisitos para a participação de candidatos em concursos públicos, bem como para o futuro ingresso no cargo ou emprego público respectivo, tenham previsão em **lei**. Dessa forma, os editais de concursos **não** podem criar, por força própria, **restrições** ou **condicionamentos** à participação de candidatos nos certames (tampouco atos **infralegais** – a exemplo de decretos, instruções normativas ou portarias – podem fazê-lo). Em qualquer hipótese, o ato administrativo que impeça a participação do candidato em um concurso público deve ser **motivado**, com a indicação clara, por escrito, dos requisitos **legais** que deixaram de ser atendidos, a fim de que, sendo o caso, possa ser provocado o controle judicial daquele ato (**Súmula 684 do STF**).

Nem mesmo a lei é livre para estipular requisitos como condição para a participação em concursos ou o ingresso em cargos e empregos públicos, uma vez que sempre deverão ser respeitados princípios constitucionais tais como os da isonomia, da razoabilidade e da impessoalidade. Ou seja, os requisitos legais a que se refere o inciso I do art. 37 da Constituição devem, obrigatoriamente, mostrar-se imprescindíveis ao adequado desempenho da função pública correspondente, sendo **vedada à própria lei** a imposição de exigências **desnecessárias, desarrazoadas, desproporcionalmente restritivas** ou **injustificadamente discriminatórias**. Exemplifica essa imposição de limitações ao legislador o teor da **Súmula 683 do STF**:

683 – O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7.º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

O inciso II do art. 37 da Carta da República explicita a exigência de aprovação prévia em concurso público para o acesso a cargos efetivos e empregos públicos. É a seguinte sua redação:

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;

A norma estabelece a obrigatoriedade de aprovação prévia em concurso público para preenchimento dos cargos de **provimento efetivo** e para os empregos públicos (regime celetista). **Não** abrange a nomeação para **cargos em comissão**, os quais, por definição, são de livre nomeação e exoneração. **Não** se aplica, tampouco, à **contratação por tempo determinado** para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição.

O **concurso público** deve ser de **provas ou de provas e títulos**. Ficam, assim, **proibidas** contratações para cargos ou empregos públicos **efetivos** com base **exclusivamente** em análise de títulos ou currículos, ou quaisquer outros procedimentos que não incluam a realização de **provas**.

A exigência de **títulos** em concursos públicos somente se justifica para cargos ou empregos cujas atribuições dependam de especial conhecimento técnico ou científico, por exemplo, certos cargos privativos de médico ou de engenheiro, cargo de perito criminal em determinada área de especialização, cargos da carreira diplomática etc. Nada justifica a exigência de títulos em cargos de atribuições genéricas cujo desempenho não se relacione a qualquer área específica de formação, nem demande maiores habilidades ou aprofundamentos técnicos, científicos ou acadêmicos. Cumpra observar que, dependendo do caso, a exigência pura e simples de um dado título pode configurar um **mero requisito de habilitação** para exercício do cargo ou emprego, cabível em qualquer concurso (desde que previsto em lei), mesmo que só de provas. Rigorosamente, só há um **concurso** de provas e **títulos** quando existe uma fase de **atribuição de pontos** a cada título apresentado pelo candidato que se enquadre entre os previstos em uma lista, **sempre conforme prévia e detalhada especificação do edital** – por exemplo, 15 pontos para mestrado, 25 para doutorado, 12 para certificado de proficiência em certa língua estrangeira etc.

Nossa Corte Constitucional, em mais de um julgado, declarou a invalidade de normas que pretendiam considerar como título, em certames de provas e títulos, o simples fato de o candidato haver exercido, anteriormente, algum cargo ou função pública. Consoante preciso trecho da ementa de um desses acórdãos, **“viola o princípio constitucional da isonomia norma que estabelece como título o mero exercício de função pública”** (ADI 3.433/MA).

Ademais, o Supremo Tribunal Federal já deixou assente que **“as provas de títulos** em concursos públicos para provimento de cargos efetivos no seio da administração pública brasileira, qualquer que seja o Poder de que se trate ou o nível federativo de que se cuide, **não podem ostentar natureza eliminatória, prestando-se apenas para classificar** os candidatos, **sem jamais justificar sua eliminação** do certame” (MS 31.176/DF). Impende repetir: **as provas de títulos em concursos públicos devem ter caráter exclusivamente classificatório, nunca eliminatório**.

Sem embargo dessa orientação, cumpre anotar que a Constituição Federal, desde logo, exige ingresso nas respectivas carreiras mediante concurso público de **provas e títulos** para: os membros da magistratura (art. 93, I); os membros do Ministério Público (art. 129, § 3.º); os integrantes da Advocacia Pública (art. 131, § 2.º, e art. 132); os integrantes das Defensorias Públicas (art. 134, § 1.º); os profissionais da educação escolar das redes públicas (art. 206, V).

Podem ser exigidos **exames psicotécnicos** ou de **avaliação psicológica** para a habilitação a cargo ou emprego público. Versa sobre esse tema a **Súmula Vinculante 44**, nestes termos: “Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público.”

De forma mais detalhada, entende nossa Corte Suprema que, para serem validamente impostos em concursos públicos, os exames psicotécnicos devem atender, **cumulativamente**, os seguintes requisitos (RE-AgR 782.997/DF):

- a) previsão em **lei e também** no **edital** do concurso;
- b) estabelecimento de **critérios objetivos** de reconhecido caráter científico para a avaliação dos candidatos;
- c) possibilidade de **recurso**.

Está sedimentada, também, no âmbito do STF, a orientação de que é legítima a previsão, em editais de concursos públicos, das assim chamadas “**cláusulas de barreira**” (RE 635.739/AL). Tem-se um concurso com “cláusula de barreira” quando ele é constituído de mais de uma etapa e o edital estipula que, dentre os candidatos não eliminados desde logo por insuficiência de desempenho, só um número certo e restrito, observada a ordem de classificação, poderá fazer as provas da fase seguinte, restando impedidos de prosseguir no certame os demais candidatos (estes serão excluídos exatamente pela incidência da “cláusula de barreira”, muito embora tenham escapado da eliminação prevista para os casos de não atingimento dos requisitos mínimos predeterminados a todos aplicáveis).

Outra orientação jurisprudencial merecedora de nota diz respeito à **impossibilidade de impedir a participação em concurso**, ou mesmo a nomeação de candidato aprovado, sob alegação de “não atendimento a requisito de bons antecedentes” (ou similares), fundada exclusivamente no fato de o candidato estar respondendo a ação penal **sem trânsito em julgado da sentença condenatória**. Para o STF, esse procedimento da administração pública fere o **princípio da presunção de inocência** (CF, art. 5.º, LVII), cujo alcance não se restringe à esfera penal (ARE-AgR 733.957/CE).

Necessário é, ainda, trazer à baila posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal, concernente a **provas físicas** em concursos públicos, segundo a qual os candidatos **não têm direito** de que lhes seja marcada prova de **segunda**

chamada nos testes de aptidão física, motivada por circunstâncias pessoais, ainda que de **caráter fisiológico** ou de **força maior** – **salvo disposição expressa em sentido contrário no respectivo edital** (RE 630.733/DF).

Por outras palavras, caso um candidato em determinado concurso público que inclua exames físicos tenha o infortúnio de ser acometido de alguma condição que atrapalhe o seu rendimento, ou mesmo impossibilite fazer as provas físicas no dia aprazado, **não terá direito de que seja marcada uma nova data** para realizar os testes, **a menos que o edital expressamente preveja essa possibilidade** – nada importa que a disfunção ou limitação física (doença, trauma físico, dor ou desconforto orgânico de qualquer origem) decorra de força maior, e não de alguma razão que pudesse ser imputada ao candidato.

O § 2.º do art. 37 da Constituição estabelece que o desrespeito à exigência de concurso público ou ao seu prazo de validade implicará a nulidade do ato (o ato de nomeação, no caso de cargos públicos, ou a celebração do contrato de trabalho, quando se tratar de empregos públicos) e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

O Supremo Tribunal Federal **não admite** a aplicação da assim chamada “**teoria do fato consumado**” para que se mantenha no cargo a pessoa que, **sem ter sido devidamente aprovada no concurso público** correspondente – por ter sido reprovada em alguma de suas fases, ou não ter concluído todas as etapas previstas no edital –, tenha **tomado posse por força de decisão judicial de caráter provisório**, posteriormente revogada, cassada ou, de algum modo, desconstituída ou tornada ineficaz. Nessa hipótese, aquela pessoa **será desligada do cargo, mesmo que já esteja no seu exercício há vários anos** (RE 608.482/RN).

Vale observar que, em qualquer caso, a pessoa nomeada ou contratada sem a devida aprovação em concurso público (quando exigido) será **obrigatoriamente desligada** do serviço público, mas a **remuneração** que tiver recebido pelo trabalho efetivamente prestado **não será devolvida**, para não proporcionar ao Estado enriquecimento sem causa.

No caso de **empregados públicos** (regime trabalhista) contratados sem concurso, além do direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado, é devido pelo empregador o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) na respectiva conta vinculada. De fato, o art. 19-A da Lei 8.036/1990, que assegura o **direito ao FGTS**, desde que reconhecido o direito ao salário, à pessoa que tenha indevidamente ingressado no serviço público **sem concurso**, foi declarado compatível com a Carta da República pelo Supremo Tribunal Federal (RE 596.478/RR; ADI 3.127/DF).

Nossa Corte Suprema, porém, deixou assente que, excetuadas essas duas consequências – direito aos salários e ao FGTS –, **nenhum outro efeito jurí-**

dico válido pode advir das contratações viciadas pela nulidade prevista no § 2.º do art. 37 ora em foco (RE 705.140/RS). Assim, ressalvado o direito aos salários pelos serviços efetivamente prestados e aos correspondentes depósitos do FGTS, o empregado público que tenha a sua contratação declarada nula por haver ingressado no serviço público sem a obrigatória aprovação prévia em concurso público **não fará jus a nenhuma das verbas** ordinariamente devidas aos empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) como decorrência da rescisão dos seus contratos de trabalho, tais quais aviso prévio indenizado, gratificação natalina, férias e respectivo adicional de um terço do salário normal, indenização referente ao seguro-desemprego, entre outras.

Ainda sobre o § 2.º do art. 37 da Constituição, cabe fazer uma anotação a respeito das situações em que a administração pública promove o denominado “**desvio de função**”, isto é, o dirigente da unidade administrativa de lotação do servidor impõe a este o exercício de atribuições de outro cargo, diversas daquelas que correspondem ao cargo para o qual ele foi nomeado e empossado.

Nessas circunstâncias, em virtude da exigência constitucional de aprovação em concurso público específico para cada cargo, não pode o servidor, depois da Constituição de 1988, ser “reenquadrado” no cargo cujas atribuições está indevidamente sendo obrigado a exercer. O que acontece é surgir para esse servidor o direito a receber as diferenças de remuneração pelo período em que exerceu, de fato, as funções do cargo estranho ao seu. Além disso, é claro que, constatado o desvio, deve a administração adotar as providências necessárias à imediata cessação dessa anomalia (e responsabilizar quem a ocasionou).

O inciso III do art. 37 da Constituição preceitua que o prazo de validade dos concursos públicos “será de **até dois anos**, prorrogável uma vez, por igual período”. Cabe à administração pública, **discricionariamente**, estabelecer a validade de cada concurso público que promova, a qual constará do respectivo edital. A decisão da administração quanto a **prorrogar ou não** o prazo de validade do concurso é igualmente **discricionária**. E o ato de prorrogação, se houver, deve obrigatoriamente ser editado enquanto o prazo inicial de validade ainda não tiver expirado.

O **prazo de validade** do concurso corresponde ao período que a administração tem para nomear ou contratar os aprovados para o cargo ou emprego público a que o certame se destinava e é contado da sua **homologação** (ato administrativo de controle, mediante o qual a autoridade competente declara a legalidade do procedimento do concurso e sua regular conclusão).

Atualmente (desde agosto de 2011), está pacificado no âmbito do Supremo Tribunal Federal o entendimento de que os candidatos aprovados **dentro do número de vagas previsto no edital** têm **direito subjetivo** de ser nomeados – ressalvados casos excepcionalíssimos, provocados por circunstâncias **supervenientes** à publicação do edital, devendo ser justificada por escrito a decisão administrativa de não nomear, a qual estará sujeita a controle judicial

(RE 598.099/MS). A administração não é obrigada a nomear imediatamente, nem de uma só vez. Pode efetuar fracionadamente as nomeações, durante o período de validade do concurso, em tantas parcelas quantas julgue convenientes ao interesse público. Não obstante, certo é que, antes de terminar o prazo de validade do certame – que pode ser prorrogado uma única vez –, a administração tem a obrigação de nomear os candidatos aprovados, até esgotar o número de vagas consignado no edital (ou até não mais haver aprovados, caso o número deles seja inferior ao de vagas previstas).

Convém frisar que, para os candidatos aprovados além do número certo de vagas a serem preenchidas fixado no edital, o simples fato de surgirem novos cargos vagos durante o prazo de validade do certame ou, até mesmo, de ser aberto um novo concurso para o mesmo cargo **não origina, por si só, direito subjetivo à nomeação**. Na dicção de nossa Corte Constitucional, “o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato” (RE 837.311/PI).

Ao lado dessas posições jurisprudenciais, é oportuno registrar que, muito antes delas, o STF já consagrara a existência de direito subjetivo à nomeação, independentemente de existir número certo de vagas estipulado no edital, em caso de ser **preterida a ordem de classificação** de candidato aprovado em concurso público. É o que explicita a sua **Súmula 15**:

15 – Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.

Portanto, em qualquer caso, surge **direito adquirido** à nomeação para o candidato mais bem classificado se a administração nomear antes dele outro candidato que tenha obtido colocação inferior no certame.

Exemplificando, se um edital fixou em vinte o número de vagas, mas a administração resolveu nomear trinta aprovados, tendo, entretanto, preterido o vigésimo sexto colocado, surgirá para este o direito de ser nomeado, pelo simples fato de ter sido indevidamente “pulado”, com violação da ordem de classificação.

É mister apontar, ainda, orientação reiterada do Supremo Tribunal Federal segundo a qual, **havendo vaga** para provimento de cargo efetivo, configura **preterição** a nomeação ou a **contratação** de pessoal a **título precário** (por exemplo, como comissionados, temporários ou terceirizados) para exercício de atribuições do cargo em questão, quando **existirem candidatos aprovados**

e não nomeados em concurso público, ainda dentro do prazo de validade, destinado àquele provimento efetivo. A consequência é o surgimento de **direito adquirido à nomeação** para os candidatos preteridos (AI-AgR 820.065/GO; RMS-AgR 29.915/DF).

Imaginemos, para efeito de ilustração, que tenha sido realizado um concurso em que o edital estabelecia número certo de vagas a serem preenchidas – digamos, vinte vagas. Concluído e homologado o concurso, restaram aprovados duzentos candidatos e foram nomeados e empossados os vinte primeiros, conforme a ordem de classificação. Entretanto, um pouco depois, estando o concurso ainda vigente, foram contratados trinta temporários, e há trinta ou mais cargos efetivos vagos. Nessa hipótese, dentre aqueles cento e oitenta candidatos que foram aprovados e não nomeados, os trinta mais bem classificados serão considerados preteridos e terão direito subjetivo de ser nomeados, isto é, a nomeação, para eles, passa a ser **direito adquirido**.

Sem prejuízo desse exemplo, enfatizamos que **não importa**, nesse caso da contratação de temporários, perquirir se havia, ou não, **número certo de vagas a serem preenchidas previsto no edital**. Basta, para caracterizar a **preterição**, que exista **cargo efetivo vago e nomeação precária** para exercício de funções próprias do cargo, com candidatos aprovados e ainda não nomeados, estando o concurso dentro do prazo de validade.

Convém alertar que, seja qual for a hipótese, só se pode falar em **preterição** quando a administração pública efetua nomeações sem observância da ordem de classificação por **decisão dela própria**. De fato, é pacífico no STF o reconhecimento de que **não há preterição** de candidato, nem desrespeito à ordem de classificação em concurso público, quando a administração, **cumprindo determinação judicial**, nomeia candidatos menos bem colocados (AI-AgR 620.992/GO; AI-AgR 698.618/SP).

Aliás, vale abrir um parêntese para comentar que se firmou em nossa jurisprudência a orientação de que, em regra, a pessoa que venha a ser nomeada e empossada em cargo público por força de decisão judicial não tem direito a indenização – muito menos a remuneração! – relativa ao tempo durante o qual teve que aguardar pela sua nomeação. Para o Supremo Tribunal Federal, “na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus à indenização sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante” (RE 724.347/DF).

Fechado o parêntese, cumpre registrar, ainda sobre prioridade na nomeação, a regra vazada no inciso IV do art. 37 da Constituição Federal:

IV – durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

Embora a redação desse dispositivo não prime pela clareza, a verdade é que nem a doutrina administrativista nem nossa jurisprudência costuma demonstrar grande preocupação em decifrar o significado de “prazo improrrogável previsto no edital de convocação”. De um modo geral, simplesmente consideram que o inciso em foco se refere ao **prazo de validade do concurso**. A norma, portanto, deve ser lida assim: durante o prazo de validade de um determinado concurso, aqueles nele aprovados devem ser convocados para assumir o respectivo cargo ou emprego antes que se convoque qualquer candidato aprovado em um novo concurso realizado para o mesmo cargo ou emprego. Frise-se que essa regra só se aplica enquanto o primeiro concurso estiver dentro do seu prazo de validade.

Em suma, seja qual for a interpretação adotada para “prazo improrrogável previsto no edital de convocação”, certo é que a Constituição de 1988 **não veda** a realização, pela mesma administração, de um **novo concurso** para o mesmo cargo ou emprego a que se destinava concurso anteriormente efetuado, ainda dentro do período de validade, mesmo que haja candidatos aprovados nesse concurso anterior ainda não nomeados. A Carta Magna simplesmente estabelece prioridade para a nomeação dos aprovados no concurso anterior, que ainda esteja dentro do prazo de validade, sobre os aprovados no novo concurso para o mesmo cargo ou emprego.

O inciso VIII do art. 37 do texto constitucional determina que o legislador de cada ente federado preveja reserva de vagas, nos concursos públicos, para candidatos com deficiência. É a seguinte a redação do dispositivo:

VIII – a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

A Carta Política de 1988 confere à União competência legislativa para estabelecer normas gerais sobre “proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência” (art. 24, XIV e § 1.º). No uso dessa competência, o Congresso Nacional editou a **Lei 7.853/1989**, que “dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social (...) e dá outras providências”. Embora essa lei não contenha regras acerca da participação de pessoas com deficiência em concursos públicos, o Poder Executivo federal, a pretexto de regulamentá-la, editou o **Decreto 3.298/1999**, que, nos seus arts. 37 a 44, estabelece uma série de preceitos sobre esse tema específico.

Ponto importante a ser esclarecido é que, da mesma forma que os outros candidatos, aqueles que estejam concorrendo na qualidade de pessoa com deficiência **precisam fazer o concurso público**. A lei deve simplesmente garantir que **um percentual das vagas oferecidas no certame seja reservado a candidatos com deficiência**.

No caso dos **cargos efetivos federais**, o § 2.º do art. 5.º da Lei 8.112/1990 determina que sejam reservadas às pessoas com deficiência **até vinte por cento** das vagas oferecidas nos concursos públicos respectivos.

O Decreto 3.298/1999, no seu art. 37, reserva um **mínimo de cinco por cento** das vagas dos concursos públicos para candidatos com deficiência e determina, ainda, que, se a aplicação do percentual de cinco por cento resultar em número fracionado, “este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente”.

Conforme orientação reiterada de nossa Corte Suprema, essa regra de “arredondamento” do Decreto 3.298/1999 **não pode ser aplicada** em situações nas quais ela implicaria ultrapassar o limite **máximo** de reserva de vagas previsto em **lei** (MS 30.861/DF). Na prática, isso pode ocorrer em concursos destinados ao preenchimento de muito poucas vagas; nesses casos, para evitar que o arredondamento previsto no Decreto 3.298/1999 resulte em descumprimento do percentual máximo de vagas reservadas previsto em lei, admite-se que o edital do concurso não reserve vaga alguma para pessoas com deficiência.

Por fim, é importante saber que o Supremo Tribunal Federal, mais de uma vez, já considerou haver **afrenta** ao inciso VIII do art. 37 da Constituição quando o edital de concurso público para determinado cargo (dos quadros da Polícia Federal ou das polícias civis, por exemplo) **não reserva vaga** alguma para deficiente, fundado no raciocínio apriorístico de que a atividade respectiva **não é compatível com nenhum tipo de deficiência**.

No dizer de nossa Corte Maior, **deve a administração pública reservar vagas** para candidatos que tenham deficiências e, **depois de realizado o concurso**, “examinar, com critérios objetivos, se a deficiência apresentada é, ou não, compatível com o exercício do cargo ou da função oferecidos no edital, assegurando a ampla defesa e o contraditório ao candidato, **sem restringir a participação no certame de todos e de quaisquer candidatos portadores de deficiência**” (RE 676.335/MG).

São essas as principais normas sobre concursos públicos estabelecidas na Constituição de 1988. Antes de prosseguirmos no exame de disposições constitucionais, julgamos oportuno registrar que, em junho de 2014, foi publicada a Lei 12.990/2014, que reserva “**aos negros 20% (vinte por cento) 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”.

A reserva de vagas prevista na Lei 12.990/2014 **será aplicada sempre que o número de vagas oferecidas no concurso público for igual ou superior a três** (art. 1.º, § 1.º). Na hipótese de quantitativo fracionado para o

número de vagas reservadas a candidatos negros, ele será aumentado para o primeiro número inteiro subsequente, em caso de fração igual ou maior que 0,5 (cinco décimos), ou diminuído para número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor que 0,5 (cinco décimos).

O **critério** para o candidato concorrer a uma vaga reservada é o da **autodeclaração**. Entretanto, “na hipótese de constatação de **declaração falsa**, o candidato será **eliminado do concurso** e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à **anulação da sua admissão** ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis” (art. 2.º, parágrafo único).

Os candidatos negros concorrerão concomitantemente às vagas reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso (art. 3.º). Os candidatos negros aprovados dentro do número de vagas oferecido para ampla concorrência não serão computados para efeito do preenchimento das vagas reservadas. Em caso de desistência de candidato negro aprovado em vaga reservada, a vaga será preenchida pelo candidato negro posteriormente classificado. Na hipótese de não haver número de candidatos negros aprovados suficiente para ocupar as vagas reservadas, as vagas remanescentes serão revertidas para a ampla concorrência e serão preenchidas pelos demais candidatos aprovados, observada a ordem de classificação.

A Lei 12.990/2014 entrou em vigor na data de sua publicação (10 de junho de 2014) e terá **vigência pelo prazo de dez anos**. Não é demasiado repisar que ela **só tem aplicação** no âmbito “da **administração pública federal**, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União”.

Voltemos às regras **constitucionais** pertinentes a outras formas, que não o concurso público, de acesso a cargos e funções públicas.

O inciso V do art. 37 trata da designação para o exercício de funções de confiança e do provimento de cargos em comissão, nos seguintes termos:

V – as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

Os cargos em comissão são declarados em lei como de livre nomeação e exoneração. Significa isso que, em princípio, qualquer pessoa, mesmo que não seja servidor público, pode ser nomeada para exercer um cargo em co-

missão. A mesma autoridade competente para nomear é competente para, a seu critério, exonerar o servidor ocupante do cargo comissionado.

A exoneração não possui caráter punitivo. No caso dos cargos em comissão, ela é um ato administrativo amplamente discricionário. Por esse motivo, além de não precisar ser motivada, não se cogita a instauração de processo administrativo, tampouco contraditório ou ampla defesa.

Observa-se, assim, que o provimento de cargo em comissão é sempre feito a título precário. Não se adquire, em nenhuma hipótese, estabilidade em decorrência do exercício de cargo comissionado, não importa durante quanto tempo o servidor o exerça.

Pela norma constante do inciso V do art. 37, não poderia ocorrer – ao menos teoricamente – que, nos quadros da administração pública de um determinado ente federado, todos os cargos em comissão fossem preenchidos mediante nomeação de pessoas não integrantes dos corpos funcionais permanentes do serviço público. Com efeito, o texto constitucional exige que cada pessoa política estabeleça **em lei** percentuais mínimos dos cargos em comissão que deverão ser preenchidos por servidores de carreira (isto é, concursados), além de casos e condições em que obrigatoriamente isso deva ocorrer. Essa regra, extremamente salutar e moralizadora, foi introduzida pela EC 19/1998. Todavia, pelo menos na esfera federal, não existe uma **lei** geral, aplicável a todas as carreiras federais, que estabeleça os percentuais mínimos de ocupantes de cargos em comissão que devam ser, também, titulares de cargos efetivos.

No caso de função de confiança, a designação para seu exercício deve recair, **obrigatoriamente**, sobre servidor ocupante de cargo efetivo, regra introduzida pela EC 19/1998. Portanto, não se pode falar em livre designação para função de confiança. Já a dispensa de função de confiança é livre, a critério da autoridade competente.

A EC 19/1998 introduziu outra regra de intuito moralizador segundo a qual as funções de confiança e os cargos em comissão destinam-se **apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento**. Com fundamento nessa restrição, o Supremo Tribunal Federal já declarou inconstitucionais leis que pretenderam criar cargos em comissão para o exercício de atividades rotineiras da administração, ou de atribuições de natureza técnica, operacional ou meramente administrativa, as quais não pressupõem a existência de uma relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado (ADI 3.706/MS; RE 376.440/DF; ADI 3.602/GO; AI-AgR 309.399/SP).

É relevante registrar que o Supremo Tribunal Federal, em duas decisões históricas (ADC 12/DF e RE 579.951/RN), prestigiando os princípios constitucionais que orientam a atuação da administração pública como um todo, sobretudo os postulados da moralidade administrativa e da impessoalidade,

considerou ofensiva à Constituição da República a prática do denominado **nepotismo** (nomeação de parentes, consanguíneos ou por afinidade, para cargos em comissão e funções de confiança).

Conforme asseverou nossa Corte Suprema, a vedação ao nepotismo, inclusive ao chamado “nepotismo cruzado” (dois agentes públicos, em conluio, nomeiam familiares um do outro), não depende de lei formal para ser implementada; tal proibição decorre, diretamente, dos princípios expressos no art. 37, *caput*, da Carta de 1988 – os quais são dotados de eficácia imediata –, devendo ser observada por todos os Poderes da República e por todos os entes da Federação.

A partir dessa orientação, foi editada a **Súmula Vinculante 13**, cuja redação transcrevemos:

13 – A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

É importante fazer uma **ressalva**: embora não esteja explicitado no texto da Súmula Vinculante 13, o Supremo Tribunal Federal entende que, **regra geral**, a vedação ao nepotismo **não alcança** a nomeação para **cargos políticos** (RE 579.951/RN; Rcl 6.650/PR).

Exemplificando, um prefeito de município, **em princípio**, pode nomear o seu sobrinho para o cargo de secretário municipal; um governador de estado, **em regra**, pode nomear o seu filho para o cargo de secretário estadual. Entretanto – ainda a título ilustrativo –, o mesmo governador **não** pode, em hipótese nenhuma, nomear parentes (até o terceiro grau) para o cargo de assessor jurídico do gabinete do secretário de fazenda do estado, pois este **não** é um cargo de natureza essencialmente política.

Deve ficar bem claro que a **inaplicabilidade** da Súmula Vinculante 13 à nomeação para **cargos políticos** é mera **regra geral** (Rcl-MC 6.938/MG; Rcl-MC 12.478/DF; Rcl-MC 13.347; Rcl-MC 14.549/DF). Dependendo das circunstâncias do **caso concreto**, poderá, **sim**, a nomeação para um cargo de natureza política ser caracterizada como **nepotismo**, hipótese em que será **ilícita**, por afronta à Súmula Vinculante 13.

No âmbito da administração pública federal, o Decreto 7.203/2010, posterior à Súmula Vinculante 13, regulamenta a proibição do nepotismo, incluído o nepotismo cruzado, estendendo as vedações, também, às contratações de agentes para atenderem a necessidade temporária de excepcional interesse público, salvo se efetuadas mediante prévio processo seletivo regular, e às contratações de estagiários, a menos que precedidas de processo seletivo apto a assegurar a isonomia entre os concorrentes.

O inciso IX do art. 37 da Constituição prevê uma outra forma de admissão de agentes públicos pela administração pública, diversa do provimento de cargos efetivos e do preenchimento de empregos públicos mediante concurso público e diversa da nomeação para cargos em comissão. Trata-se da contratação por tempo determinado, para atender necessidade temporária de excepcional interesse público. É a seguinte a redação do citado dispositivo:

IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

O pessoal contratado com base no inciso IX do art. 37 **não ocupa cargo público**. Eles não estão sujeitos ao regime estatutário a que se submetem os servidores públicos titulares de cargos efetivos e os servidores públicos ocupantes de cargos em comissão.

Embora os agentes públicos temporários vinculem-se à administração pública por um contrato, **não é este o contrato de trabalho** propriamente dito, de que trata a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Vale frisar: o regime jurídico dos agentes públicos contratados por tempo determinado **não é trabalhista**, isto é, eles não são empregados celetistas, **não têm emprego público**. Todavia, não podem tais agentes, tampouco, ser enquadrados como servidores públicos estatutários típicos, pois não têm cargo público, embora estejam vinculados à administração pública por um regime funcional de direito público, de **natureza jurídico-administrativa**.

Podemos dizer que os agentes públicos contratados por tempo determinado exercem **função pública** remunerada temporária e têm uma relação funcional com o Poder Público de natureza jurídico-administrativa – e **não trabalhista**. Conquanto celebrem um contrato com a administração pública, é este um **contrato de direito público**, e **não o contrato de trabalho** que gera relação de emprego, previsto na CLT.

Por **não estarem** os agentes públicos temporários contratados com base no inciso IX do art. 37 da Constituição sujeitos a **regime trabalhista**, o Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que as lides entre eles e o Poder Público contratante **não são da competência da Justiça do Trabalho**. Os agentes temporários federais, nas causas relacionadas à sua relação funcional com a administração pública federal, têm foro na Justiça Federal; os temporários estaduais e municipais, nas demandas atinentes à sua relação funcional com a administração pública respectiva, têm foro na Justiça Estadual.

Apesar de os agentes públicos contratados por tempo determinado **não serem regidos pela CLT**, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se pela **aplicabilidade**, a eles, dos **direitos sociais constitucionais** previstos no art. 7.º da Carta de 1988 (ARE-AgR 642.822/PE).

O **regime de previdência social** a que estão sujeitos os agentes públicos contratados por tempo determinado é o **regime geral (RGPS)**, aplicável a todos os trabalhadores civis, com exceção dos titulares de cargos públicos efetivos.

O STF tem reiteradamente afirmado que o inciso IX do art. 37 da Constituição deve ser interpretado restritivamente, porque configura exceção à regra geral que estabelece o concurso público como o meio idôneo à admissão de pessoal no serviço público, verdadeiro corolário do princípio republicano. Nos termos da jurisprudência de nossa Corte Suprema, a observância cumulativa de **cinco requisitos** é necessária para que se considere legítima essa contratação temporária, em todos os níveis da Federação, a saber: a) os casos excepcionais estejam **previstos em lei**; b) o **prazo** de contratação seja **predeterminado**; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo **vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado**, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da **administração pública**.

Na esfera federal, a contratação por prazo determinado encontra-se disciplinada pela Lei 8.745/1993, e alterações posteriores. Seu âmbito de aplicação restringe-se aos órgãos da administração direta federal, às autarquias e às fundações públicas federais. A contratação temporária na esfera federal não é feita por concurso público, e sim mediante **processo seletivo simplificado** sujeito a ampla divulgação, inclusive no Diário Oficial da União. É **dispensado processo seletivo** nas hipóteses de contratação para atender às necessidades decorrentes de **calamidade pública**, de **emergência ambiental** e de **emergências em saúde pública**.

3. DIREITO DE ASSOCIAÇÃO SINDICAL E DIREITO DE GREVE

A Constituição de 1988 garante ao servidor público (civil) o direito à **livre associação sindical**, em norma constitucional de **eficácia plena** (art. 37, VI) – da mesma forma que, no seu art. 8.º, assegura esse direito aos demais trabalhadores.

Cabe observar que o Supremo Tribunal Federal há muito consagrou o entendimento de que as lides concernentes às relações funcionais entre servidores públicos (estatutários) e a administração pública **não** são de competência da Justiça do Trabalho – e **sim** da Justiça Federal, no caso dos servidores estatutários da União, ou da Justiça Estadual, quando se tratar de servidores estatutários estaduais ou municipais. Cumpre conhecer, também, a Súmula 679 do STF, segundo a qual “a fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva”.

O **direito de greve** do trabalhador da **iniciativa privada** está assegurado no art. 9.º da Constituição, em norma de aplicabilidade imediata (não depende de regulamentação para produzir seus integrais efeitos), embora passível de ulterior restrição pelo legislador ordinário – exemplo típico de norma de **eficácia contida**, segundo a consagrada classificação de José Afonso da Silva.

Diferentemente, o **direito de greve dos servidores públicos** (civis) é conferido pelo inciso VII do art. 37 da Carta Política, em norma constitucional de **eficácia limitada** (depende de regulamentação legal para poder produzir a totalidade de seus efeitos).

Assim, a promulgação da Constituição de 1988, por si só, não tornou concretamente efetivo o direito de greve do servidor público. Para tanto, deve ser editada uma **lei ordinária específica** que estabeleça os termos e os limites do exercício desse direito.

A lei específica necessária à regulamentação do direito de greve dos servidores públicos (civis) até hoje não existe. Em face da inércia de nosso legislador, o Supremo Tribunal Federal, provocado mediante a impetração de mandados de injunção, determinou a **aplicação temporária aos servidores públicos**, no que couber, da **lei de greve** vigente no **setor privado** (Lei 7.783/1989), até que o Congresso Nacional proceda à regulamentação legal específica constitucionalmente exigida (MI 670, MI 708 e MI 712).

Por fim, cumpre averbar que o direito de greve é **vedado aos militares**, sem nenhuma exceção, nos termos do art. 142, § 3.º, IV, da Carta de 1988 – norma constitucional de **eficácia plena**. E o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a **proibição à greve** deve ser **estendida** aos membros das **polícias civis**, muito embora, como é óbvio, eles não sejam militares, nem estejam sob a regência do art. 142 da Constituição Federal (Rcl 6.568/SP; MI-AgR 774/DF).

4. REGRAS CONSTITUCIONAIS PERTINENTES À REMUNERAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS

A Constituição de 1988 estabeleceu em seu texto diversas regras relativas à remuneração dos servidores públicos, buscando evitar distorções e abusos prejudiciais ao equilíbrio das contas públicas e mesmo à moralidade administrativa. Sem embargo dessa preocupação, observamos que, infelizmente, o próprio texto constitucional é, em muitos pontos, vago ou impreciso, especialmente no uso de expressões para designar as diferentes espécies e parcelas remuneratórias que os agentes públicos podem receber.

É possível, em linhas amplas, afirmar que, após a EC 19/1998, o sistema remuneratório dos agentes públicos em geral passou a ser composto por três distintas categorias jurídicas, a saber:

a) subsídio;

Introduzido pela EC 19/1998, o subsídio caracteriza-se por ser um estipêndio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória.

É modalidade de remuneração (em sentido amplo) de aplicação **obrigatória** para os agentes políticos (Chefes do Poder Executivo, deputados, senadores, vereadores, Ministros de Estado, secretários estaduais e municipais, membros da magistratura, membros do Ministério Público, ministros dos tribunais de contas etc.) e para servidores públicos de determinadas carreiras (Advocacia Geral da União, Defensoria Pública, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, procuradorias dos estados e do Distrito Federal, Polícia Federal, Polícia Ferroviária Federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares).

Ao lado das hipóteses em que é obrigatório, o subsídio pode, a critério do legislador ordinário, ser adotado também para **servidores públicos organizados em carreira** (CF, art. 39, § 8.º).

b) vencimentos;

Percebem vencimentos, ou, simplesmente, remuneração (em sentido estrito), os servidores públicos submetidos a regime jurídico estatutário. Conforme a doutrina e a jurisprudência, os vencimentos são compostos pelo vencimento básico do cargo (correspondente ao padrão do cargo estabelecido em lei, normalmente denominado, apenas, “vencimento”, no singular) e mais as vantagens pecuniárias de caráter permanente estabelecidas em lei.

c) **salário;**

É a contraprestação pecuniária paga aos empregados públicos, admitidos sob o regime jurídico contratual trabalhista, sujeitos predominantemente à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

A seguir, serão analisados os principais dispositivos constitucionais acerca da remuneração (em sentido amplo) dos agentes públicos.

4.1. Fixação da remuneração e revisão geral anual

O inciso X do art. 37 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 19/1998, preceitua que “a remuneração dos servidores públicos e o subsídio (...) somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices”.

A mais importante alteração trazida a esse dispositivo pela EC 19/1998 foi a exigência de **lei específica** para que se fixe ou altere a remuneração (em sentido amplo) dos servidores públicos. Isso quer dizer que cada alteração de remuneração de cargos públicos deverá ser feita por meio da edição de uma **lei ordinária** que somente trate desse assunto.

A iniciativa privativa das leis que fixem ou alterem remunerações e subsídios dependerá do cargo (ou cargos) a que a lei se refira. Uma leitura sistemática da Constituição, atinente às principais hipóteses de iniciativa de leis que tratem de remuneração de cargos públicos, fornece-nos o seguinte quadro:

- a) para os cargos da estrutura do Poder Executivo federal, a iniciativa é privativa do Presidente da República (CF, art. 61, § 1.º, II, “a”);
- b) para os cargos da estrutura da Câmara dos Deputados, a iniciativa é privativa dessa Casa (CF, art. 51, IV);
- c) para os cargos da estrutura do Senado Federal, a iniciativa é privativa dessa Casa (CF, art. 52, XIII);
- d) ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça compete privativamente propor ao Poder Legislativo respectivo a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver (CF, art. 48, XV, e art. 96, II, “b”).

Vem a propósito observar que a fixação do subsídio dos deputados federais, dos senadores, do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado é da competência exclusiva do Congresso Nacional, não sujeita a sanção ou veto do Presidente da República (CF, art. 49, VII e VIII).

Ou seja, nesse caso, em decorrência de previsão constitucional específica, a determinação dos citados subsídios **não é feita por lei**, e sim por **decreto legislativo** do Congresso Nacional.

A parte final do inciso X do art. 37 assegura revisão geral anual da remuneração e do subsídio dos servidores públicos sempre na mesma data e sem distinção de índices. Antes da EC 19/1998, os militares estavam incluídos nessa regra, o que não mais ocorre.

Cabe ressaltar, ainda, que foi somente a partir da EC 19/1998 que o inciso passou a estabelecer **periodicidade anual** para a revisão geral de remuneração. O texto originário exigia revisão na mesma data, mas não aludia a qualquer periodicidade.

4.2. Limites de remuneração dos servidores públicos

O inciso XI do art. 37 estabelece limites – conhecidos como “**tetos**” – às remunerações dos servidores públicos, genericamente considerados, bem como aos proventos e pensões correspondentes. Esse inciso foi alterado pela EC 19/1998 e, apenas cinco anos depois, foi novamente modificado com a promulgação da EC 41/2003. É o seguinte o longo texto atual do inciso XI:

XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

Ainda, a EC 47/2005, embora não tenha modificado diretamente a redação do inciso XI do art. 37, acrescentou ao artigo dois parágrafos, com repercussão relevante na aplicação desse inciso.

O § 11 do art. 37, acrescentado pela EC 47/2005, determina que **não serão computadas na aplicação do teto de remuneração “as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei”**. O art. 4.º da mesma emenda constitucional cuidou de dar aplicação imediata a esse novo dispositivo, mediante regra de transição, segundo a qual, “enquanto não editada a lei a que se refere o § 11 do art. 37 da Constituição Federal, não será computada, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do *caput* do mesmo artigo, qualquer parcela de caráter indenizatório, assim definida pela legislação em vigor na data de publicação da EC 41, de 2003”.

O segundo acréscimo trazido pela EC 47/2005 relacionado ao inciso XI do art. 37 está no § 12 do mesmo artigo, que **faculta** “aos Estados e ao Distrito Federal fixar, em seu âmbito, mediante emenda às respectivas Constituições e Lei Orgânica, como limite único, o subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal”. Esse **limite único**, caso adotado, **não se aplicará** aos subsídios dos deputados estaduais e distritais, nem dos vereadores, pois eles possuem limites próprios previstos em outros dispositivos da Constituição (art. 27, § 2.º; art. 29, VI, “a” a “f”, e VII; art. 32, § 3.º).

As principais observações, que entendemos pertinentes, acerca dos tetos de remuneração previstos no texto constitucional, após a EC 41/2003 e a EC 47/2005, são as seguintes:

- há um teto geral, correspondente ao subsídio dos ministros do STF, a ser fixado em lei de iniciativa do STF, estando o projeto de lei resultante, como qualquer outro projeto de lei, sujeito a sanção ou veto do Presidente da República. Esse teto não pode ser ultrapassado por nenhum Poder em nenhuma esfera da Federação;
- além do limite geral representado pelo subsídio dos ministros do STF, o texto constitucional estabelece limites para os estados, o DF e os municípios, a saber: (i) nos municípios, o teto é o subsídio percebido pelo Prefeito; (ii) nos estados e no DF há um limite diferenciado por Poder, correspondendo ao subsídio mensal do Governador, para o Poder Executivo, ao subsídio dos deputados estaduais e distritais, no Poder Legislativo, e ao subsídio dos desembargadores do Tribunal de Justiça, no âmbito do Poder Judiciário (esse último limite é também aplicável aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos, embora eles não integrem o Poder Judiciário). Logo, na esfera federal, há somente um limite – o subsídio dos ministros do STF –, ao passo que, nas demais esferas, há, além deste, um outro limite, usualmente chamado subteto estadual, distrital e municipal;
- os estados e o Distrito Federal têm a faculdade de fixar, em seu âmbito, mediante emenda, de iniciativa do Governador, às respectivas Constituições e Lei Orgânica, como **limite único**, o subsídio mensal dos desembargadores

do respectivo Tribunal de Justiça. O referido limite único não poderá ultrapassar o valor correspondente a 90,25% do subsídio mensal dos ministros do Supremo Tribunal Federal, e não se aplicará aos subsídios dos deputados estaduais e distritais, nem dos vereadores (CF, art. 37, § 12);

- os limites incluem todas as espécies remuneratórias e todas as parcelas integrantes do valor total percebido, incluídas as vantagens pessoais ou quaisquer outras, **excetuadas as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei** (CF, art. 37, § 11);
- os limites se aplicam à soma de valores recebidos em quaisquer hipóteses de acumulação: seja entre remunerações ou entre subsídios, seja de remuneração com subsídio ou, ainda, de remuneração ou subsídio com proventos, pensões ou qualquer outra espécie remuneratória (CF, art. 37, XI, e art. 40, § 11);
- relativamente ao salário dos empregados públicos das empresas públicas e das sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, os tetos somente se aplicam àquelas que **receberem recursos da União, dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral** (CF, art. 37, § 9.º).

Sem embargo dos pontos acima listados, é relevante anotar que o Supremo Tribunal Federal julgou **inconstitucional** o estabelecimento de **limites diferentes de remuneração para os magistrados estaduais e federais**. Com isso, **excluiu** do subteto de remuneração – 90,25% do subsídio mensal, em espécie, dos ministros do Supremo Tribunal Federal – os membros da **magistratura estadual**, inclusive os desembargadores do Tribunal de Justiça (ADIMC 3.854/DF).

Frise-se que o STF só considerou ilegítima a distinção de limites remuneratórios entre os **magistrados** federais e estaduais. Vale dizer, o subteto de 90,25% do subsídio mensal, em espécie, dos ministros do Supremo Tribunal Federal não se aplica aos desembargadores do Tribunal de Justiça, nem aos demais juízes estaduais, mas a esse limite estão sujeitos, sim, os servidores do Poder Judiciário estadual, os membros do Ministério Público estadual e os procuradores e defensores públicos estaduais. Por essa razão, **não** foi suprimida nenhuma parte das disposições constitucionais relativas às regras de teto de remuneração. O que a Corte Excelsa fez foi **dar interpretação conforme à Constituição ao art. 37, inciso XI, e seu § 12**, para excluir a submissão dos **membros da magistratura estadual** ao subteto de remuneração.

Finalizando o presente tópico, merecem registro, ainda, três outros dispositivos constitucionais que seguem a mesma diretriz desse inciso XI do art. 37, traduzida no escopo de reduzir distorções que resultem em excessivamente elevadas remunerações de servidores públicos.

O primeiro deles é o inciso XII do art. 37, que determina que “os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não

poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo”. Evidentemente, essa regra somente pode se referir a cargos de atribuições assemelhadas nos três Poderes.

O segundo é o inciso XIII do mesmo artigo, que proíbe “a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público”. Trata-se de vedação dirigida ao legislador, cuja finalidade é **evitar aumentos automáticos ou em cadeia**, como ocorreriam, por exemplo, se a lei vinculasse reajustes de remunerações de servidores a variações de indexadores econômicos, ou estabelecesse fórmulas que de algum modo atrelassem entre si remunerações de cargos diversos. O campo de incidência da norma é muito abrangente: ela se aplica a quaisquer cargos, empregos ou funções públicas e a todas as espécies remuneratórias; alcança, ademais, conforme já deixou assente o Supremo Tribunal Federal, não só os servidores públicos como **também os militares**.

Com fundamento, dentre outros preceitos constitucionais, no inciso XIII do art. 37, o Supremo Tribunal Federal editou a **Súmula Vinculante 42**, abaixo reproduzida:

42 – É inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária.

O terceiro dispositivo é o inciso XIV do art. 37 da Carta da República, segundo o qual “os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores”. Significa dizer: é vedado que gratificações, adicionais e outras vantagens pecuniárias quaisquer, não importa o nome ou o fundamento, incidam uns sobre outros, cumulando-se. Enfim, a norma proíbe o chamado “**repique**”, ou incidência “**em cascata**” de acréscimos pecuniários integrantes das remunerações dos servidores públicos.

Antes da EC 19/1998, o inciso XIV do art. 37 proibia tão somente que os acréscimos fossem computados ou acumulados para concessão de acréscimos ulteriores “**sob o mesmo título ou idêntico fundamento**”. Com base nessa **redação originária**, o Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, considerou legítima a incidência de um adicional sobre outro, **desde que tivessem fundamentos diferentes** (RE 231.164/CE). Atualmente, porém, nenhuma lei pode incluir, na base de cálculo de acréscimos pecuniários percebidos pelo servidor, gratificações, adicionais ou quaisquer vantagens ulteriores, sejam idênticos ou não a denominação e os fundamentos. E todas as leis anteriores à EC 19/1998 que o fizessem restaram, nessa parte, por ela revogadas.

4.3. Irredutibilidade dos vencimentos e subsídios

O inciso XV do art. 37 da Constituição estabelece a regra de **irredutibilidade dos vencimentos** de servidores públicos, há muito consagrada em nosso ordenamento jurídico. É o seguinte o seu texto atual:

XV – o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4.º, 150, II, 153, III, e 153, § 2.º, I;

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o preceito em foco aplica-se não só aos cargos efetivos, mas **também aos cargos em comissão** (RE 378.932/PE).

A irredutibilidade **não impede** que sejam alteradas, reduzidas ou mesmo suprimidas parcelas integrantes da remuneração do servidor público, haja vista que a jurisprudência do STF **não admite a existência de direito adquirido a regime jurídico** (RE 596.542/DF). O que a irredutibilidade assegura é a manutenção do **valor final** dos vencimentos, sem decesso algum, ainda que mudem as parcelas componentes. Conforme bem esclarece o STF nesta passagem, “pode a fórmula de composição da remuneração do servidor público ser alterada, **desde que preservado o seu montante total**” (AR-AgrR 1.785/RS).

Outro entendimento pacífico no âmbito de nossa Corte Suprema é o de que a **irredutibilidade não impede** a criação ou a majoração de **tributos** que venham a incidir sobre os vencimentos ou os subsídios, ou sobre os correspondentes proventos de aposentadoria ou de pensão (ADI 3.105/DF e ADI 3.128/DF). Por exemplo, se o Congresso Nacional aprovar lei estabelecendo aumento das alíquotas do imposto de renda das pessoas físicas, a incidência das alíquotas majoradas sobre os vencimentos, subsídios ou proventos não ofenderá o inciso XV do art. 37 da Constituição, muito embora, na prática, vá ocorrer uma diminuição da remuneração líquida percebida.

Examinando a literalidade do inciso XV do art. 37, constata-se que nele está dito que a irredutibilidade de vencimentos e subsídios é **ressalvada** pela regra dos **tetos constitucionais de remuneração**, contida no inciso XI do art. 37 (cuja redação atual é dada pela EC 41/2003).

Pois bem, especificamente acerca do teto de remuneração dos servidores públicos definido pela EC 41/2003, o Supremo Tribunal Federal firmou sua jurisprudência nestes termos: “o teto de retribuição estabelecido pela Emenda Constitucional 41/2003 possui **eficácia imediata**, submetendo às referências

de valor máximo nele discriminadas **todas as verbas de natureza remuneratória** percebidas pelos servidores públicos da União, estados, Distrito Federal e municípios, **ainda que adquiridas de acordo com regime legal anterior**” (RE 609.381/GO).

Em oportunidade ulterior, a Suprema Corte achou por bem explicitar que **devem ser computados**, para o fim de observância dos tetos de remuneração estabelecidos pela EC 41/2003, os valores percebidos a título de **vantagens pessoais** pelo servidor público – **inclusive** as que estivessem sendo regularmente pagas **antes do início da vigência** da EC 41/2003 (RE 606.358/SP).

Por derradeiro, enfatizamos que, para o Supremo Tribunal Federal, a norma constitucional de irredutibilidade aqui em exame refere-se ao valor **nominal** dos vencimentos e subsídios, ou seja, não confere direito a reajustamento em decorrência de perda de poder aquisitivo da moeda. Em outras palavras, inexistente garantia de irredutibilidade **real** de vencimentos ou subsídios. Assim, não importam os índices de inflação; mantidos inalterados os vencimentos, estará formalmente respeitada a garantia de irredutibilidade.

5. VEDAÇÃO À ACUMULAÇÃO DE CARGOS, FUNÇÕES E EMPREGOS PÚBLICOS

Os incisos XVI e XVII do art. 37 da Constituição estabelecem a regra geral de **vedação à acumulação remunerada** de cargos, funções e empregos públicos. Somente nas hipóteses expressamente previstas no próprio **texto constitucional** – e desde que haja **compatibilidade de horários** – será lícita a acumulação. É a seguinte a redação dos dispositivos:

XVI – é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico;
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

XVII – a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

Devem ser registradas outras hipóteses de acumulação remunerada **lícita** constantes do **texto constitucional**, a saber: **(i)** a permissão de acumulação

para os vereadores (art. 38, III); **(ii)** a permissão para os juízes exercerem o magistério (art. 95, parágrafo único, I); **(iii)** a permissão para os membros do Ministério Público exercerem o magistério (art. 128, § 5.º, II, “d”); **(iv)** a permissão de acumulação para os profissionais de saúde das Forças Armadas, na forma da lei e com prevalência da atividade militar (art. 142, § 3.º, II, III e VIII, com a redação dada pela EC 77/2014).

A proibição estende-se à acumulação de proventos de aposentadoria pagos por regime próprio de previdência social (RPPS) com remuneração pelo exercício de cargo, emprego ou função pública. Trata-se, todavia, de uma restrição menos abrangente, porque não inclui os cargos eletivos, nem os cargos em comissão (além de não obstar a percepção simultânea de proventos e remuneração de cargos cuja acumulação seja lícita). Também não se enquadram na proibição de acumulação de proventos com remuneração os proventos recebidos em decorrência de aposentadoria obtida pelo regime geral de previdência social (RGPS), previsto no art. 201 da Constituição. Essas regras encontram-se no § 10 do art. 37, abaixo transcrito:

§ 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

O § 6.º do art. 40 complementa a vedação acima, proibindo a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime próprio de previdência dos servidores públicos efetivos (estatutários), ressalvada a acumulação de proventos de aposentadorias decorrentes de cargos acumuláveis constitucionalmente previstos.

Por derradeiro, convém pontuar que **qualquer acumulação** – de remunerações uma com a outra, entre proventos, ou de remuneração com proventos –, mesmo quando lícita, está expressamente submetida ao **teto constitucional** estabelecido no inciso XI do art. 37, ou seja, o **somatório** dos valores correspondentes **não poderá ultrapassar os limites** previstos nesse dispositivo.

6. DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS RELATIVAS AOS SERVIDORES EM EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS

O art. 38 da Constituição trata especificamente de situações relacionadas à acumulação de cargos e remunerações de servidores públicos das administrações diretas, autarquias e fundações públicas eleitos para o exercício de mandatos nos Poderes Executivo ou Legislativo. As regras encontram-se

enumeradas nos cinco incisos do art. 38 e são todas de fácil compreensão, como a seguir expomos:

- a) o servidor público que seja eleito para qualquer cargo, do Executivo ou do Legislativo, federal, estadual ou distrital, será, obrigatoriamente, afastado do seu cargo (efetivo ou em comissão), emprego ou função públicos. A remuneração percebida será, obrigatoriamente, a do cargo eletivo;
- b) o servidor público investido no mandato de prefeito será, obrigatoriamente, afastado de seu cargo, emprego ou função públicos. Nesse caso, o servidor poderá optar entre a remuneração do cargo de prefeito e a remuneração do cargo, emprego ou função de que foi afastado;
- c) o servidor eleito para o cargo de vereador, caso haja compatibilidade de horários, acumulará o exercício da vereança com o de seu cargo, emprego ou função públicos. Nessa hipótese, o servidor receberá as duas remunerações: a de vereador e a de seu outro cargo, emprego ou função pública, obedecidos, evidentemente, os limites de remuneração estabelecidos no inciso XI do art. 37 da Constituição, já estudados. Não existindo compatibilidade de horários, o servidor será afastado de seu cargo, exercendo apenas o de vereador; poderá, entretanto, optar entre a remuneração de vereador e a remuneração do cargo, emprego ou função de que foi afastado.

Finalizando, o art. 38 da Constituição Federal determina que, nas hipóteses em que seja exigido o afastamento do servidor, o seu tempo de exercício no mandato eletivo seja contado como tempo de serviço para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento. O tempo de afastamento é contado, também, para efeito de cálculo de benefício previdenciário do servidor como se ele em efetivo exercício estivesse.

7. ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

O texto vigente da Constituição Federal traz duas regras específicas acerca da administração tributária.

A primeira delas, obra do constituinte originário, estabelece que “a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei” (CF, art. 37, XVIII).

Nesse dispositivo, o constituinte explicita a importância da administração fazendária e dos seus servidores fiscais para a administração pública e para o Estado em geral, uma vez que é por meio da atuação daqueles que são arrecadados os recursos indispensáveis ao custeio das atividades deste. É, contudo, um preceito constitucional dependente de regulamentação a ser estabelecida pelo legislador ordinário.

A segunda disposição acerca da atuação da administração tributária é mais incisiva, e seus efeitos são bastante relevantes. Trata-se do inciso XXII do art. 37 da Constituição, incluído pela EC 42/2003. É a seguinte a redação do preceito acrescentado:

XXII – as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.

Os recursos prioritários para a realização das atividades das administrações tributárias podem ser assegurados, inclusive, por meio de vinculação de receitas de impostos, conforme previsão expressa introduzida no inciso IV do art. 167 da Constituição pela mesma EC 42/2003.

Com esse inciso XXII do art. 37, ainda, passou a ter assento constitucional a autorização para os fiscos das diferentes esferas, na forma da lei ou convênio, permutarem informações protegidas por sigilo fiscal. Essa autorização só existia, até então, no plano legal (art. 199 do Código Tributário Nacional).

8. DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS ESPECÍFICAS RELATIVAS AOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTATUTÁRIOS

8.1. O regime jurídico único e a extinção de sua obrigatoriedade pela EC 19/1998

O *caput* do art. 39 da Constituição, originariamente, estabelecia a obrigatoriedade de adoção, por parte de cada ente da Federação, de **um só** regime jurídico aplicável a todos os servidores integrantes de suas administrações direta, autárquica e fundacional (e também tornava obrigatória a instituição de planos de carreira para esses servidores).

Portanto, antes da EC 19/1998, cada município, cada estado-membro, o Distrito Federal e a União tinham, teoricamente, a liberdade de estabelecer o regime jurídico a que estariam submetidos os agentes públicos de suas administrações diretas, autarquias e fundações públicas, desde que esse regime jurídico fosse **unificado** para todos os servidores desses órgãos e entidades de cada pessoa política.

A redação original do *caput* do art. 39, assim, afirmava:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, 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.

A palavra “servidores” foi usada no dispositivo constitucional acima transcrito em sentido amplo, o que, aliás, é bastante frequente. Em sentido amplo, a expressão “servidor público” abrange tanto os titulares de cargos públicos (regime estatutário) quanto os ocupantes de empregos públicos (regime contratual trabalhista).

Deve-se atentar para o fato de que não há referência ao regime jurídico que deveria ser adotado. Não era, portanto, obrigatória, em tese, a adoção de regime jurídico estatutário (legal, não contratual) para os agentes públicos das administrações diretas, autarquias e fundações públicas dos diversos entes federados. O texto, explicitamente, apenas impõe a unificação de regimes, eliminando a coexistência, no âmbito da administração direta, das autarquias e das fundações públicas de uma mesma pessoa política, de agentes sujeitos a relações jurídicas diversas quanto a seus vínculos funcionais. Era possível, teoricamente, que determinado ente da Federação optasse por um regime de natureza tipicamente estatutária, ou então pelo regime contratual celetista, ou até mesmo por um regime misto, que se mostrasse, no seu entendimento, mais adequado ao exercício de atribuições públicas.

Com fundamento na redação originária do *caput* do art. 39 da Constituição, acima reproduzido, a União editou a Lei 8.112/1990, que instituiu o regime jurídico único (RJU) dos servidores públicos da sua administração direta e das suas autarquias e fundações públicas. A União optou pela adoção de um regime jurídico estatutário (típico de direito público) para disciplinar o vínculo funcional entre esses servidores e a administração pública. Por isso, os empregos públicos que antes existiam na administração direta, nas autarquias e nas fundações públicas federais foram transformados em cargos públicos, na data de publicação da Lei 8.112/1990 (art. 243, § 1.º).

Entendeu o legislador, com amplo respaldo da doutrina, que o vínculo estatutário é o mais adequado para reger as relações funcionais dos agentes públicos da administração direta, autarquias e fundações públicas federais, uma vez que esses órgãos e entidades não se coadunam com organização tipicamente empresarial, o que resultaria em inconvenientes se fosse adotado vínculo de natureza contratual com seus agentes. Além

disso, o poder de polícia e outras prerrogativas públicas fundadas no poder de império do Estado só podem ser exercidos, na maior parte das vezes, por agentes públicos estatutários, porquanto o ordenamento jurídico confere ao regime estatutário instrumentos que possibilitam a atuação imparcial perante grupos ou mesmo indivíduos detentores de influência e poder econômico ou político.

O regime estatutário é próprio das pessoas de direito público. A nomeação do servidor é um ato unilateral que se destina a efetivar a inserção dele no âmbito de um regime jurídico preexistente, inteiramente estabelecido pela lei. A manifestação de vontade do servidor, na relação jurídica estatutária, só é necessária para a formação do vínculo jurídico-funcional entre ele e a administração pública; essa manifestação de vontade ocorre no momento da posse no cargo para o qual o servidor foi nomeado.

Pois bem, a **EC 19/1998 alterou o *caput* do art. 39 da Constituição com o fito de eliminar a obrigatoriedade de adoção, pelas pessoas políticas, de um regime jurídico unificado** para seus agentes atuantes na administração direta, autarquias e fundações públicas (eliminou, também, a referência expressa à obrigatoriedade de instituição de planos de carreira). A redação do *caput* desse artigo passou a ser a seguinte:

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.

Pode-se notar que a EC 19/1998 não revogou nem prejudicou as disposições da Lei 8.112/1990 (na esfera federal). Simplesmente, passou a ser possível a existência de agentes públicos sujeitos a mais de um regime jurídico na administração direta, nas autarquias e nas fundações públicas de cada um dos entes da Federação. Em razão de haver a EC 19/1998 criado essa possibilidade, a União editou a Lei 9.962/2000, prevendo a contratação de empregados públicos na administração direta, autárquica e fundacional federal.

Sem embargo do precedentemente exposto, é **muito relevante registrar** que a modificação do *caput* do art. 39, perpetrada pela EC 19/1998, **teve sua eficácia suspensa** , pelo Supremo Tribunal Federal, **a partir de agosto de 2007** , sob o fundamento de inconstitucionalidade formal (na tramitação da emenda, a Câmara dos Deputados, especificamente quanto ao *caput* do art. 39, não observou o processo legislativo estabelecido no art. 60, § 2.º, da Constituição, de sorte que aquele dispositivo não foi submetido à necessária aprovação em dois turnos).

Por essa razão, no julgamento da ADI 2.135/DF, em 02.08.2007, o Supremo Tribunal Federal **deferiu medida cautelar para suspender a eficácia do art. 39, caput, da Constituição Federal, com a redação da EC 19/1998**. Na oportunidade, esclareceu a Corte Suprema, expressamente, que **a decisão tem efeitos prospectivos (*ex nunc*)**, isto é, **toda a legislação editada durante a vigência do art. 39, caput, com a redação dada pela EC 19/1998, continua válida**. Não obstante, deve ficar claro que, a partir dessa decisão, **voltou a vigorar a redação original do caput do art. 39 da Constituição**, transcrito acima, a qual exige que sejam admitidos sob um único regime jurídico os agentes públicos da administração direta, autarquias e fundações públicas de cada um dos entes federados.

8.2. Planos de carreira e sistema remuneratório dos servidores públicos

O *caput* do art. 39 exigia, antes da EC 19/1998, que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios instituísem **planos de carreira** para os servidores de suas administrações diretas, autarquias e fundações públicas.

A EC 19/1998 retirou do texto constitucional a exigência expressa de instituição de planos de carreira para os servidores públicos. O *caput* do art. 39 passou somente a exigir dos entes federados a instituição de conselhos de política de administração e remuneração de pessoal, integrados por servidores designados pelos respectivos poderes. Esses conselhos deveriam participar – embora o texto constitucional não defina de que forma e até que ponto a participação é obrigatória – da definição das políticas relacionadas às carreiras e às remunerações dos servidores públicos.

Consoante vimos anteriormente, a partir do julgamento da ADI 2.135/DF, em 02.08.2007, foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal a redação do *caput* do art. 39 da Constituição dada pela EC 19/1998 e restaurada a redação original desse dispositivo. Sendo assim, hoje, temos novamente a exigência **expressa** de instituição pelos diversos entes federados de **planos de carreira** para os servidores de suas respectivas administrações diretas, autarquias e fundações públicas.

Convém enfatizar que somente o *caput* do art. 39 foi objeto da referida decisão da Corte Suprema, sob o fundamento de inconstitucionalidade formal – inobservância do processo legislativo estabelecido no art. 60, § 2.º, da Constituição. Todos os demais parágrafos do art. 39 permanecem com a redação que lhes deu a EC 19/1998, sem qualquer ressalva.

O vigente § 1.º do art. 39 da Constituição exige que a fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório, pelo legislador de cada ente federado, observe a natureza, o grau de respon-

sabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira, os requisitos para a investidura e as peculiaridades dos cargos.

O atual § 2.º do art. 39, nitidamente inspirado no princípio da eficiência, base da ideia de administração gerencial, exige que cada um dos entes federados mantenha escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos. A participação dos servidores nos cursos de aperfeiçoamento promovidos por tais escolas será um dos requisitos para a **promoção** na carreira. Poderão ser celebrados convênios ou contratos entre os entes federados a fim de possibilitar a colaboração mútua e o aproveitamento racional das instituições já existentes ou que venham a ser criadas.

Ainda na mesma esteira, o § 7.º do art. 39 prevê que lei de cada ente federado discipline a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público. Possibilita, ainda, o pagamento de adicionais ou prêmios de produtividade com a utilização desses recursos orçamentários economizados em cada órgão ou entidade.

Observa-se, em suma, que, embora a EC 19/1998 tenha suprimido do *caput* do art. 39 a expressa menção à obrigatoriedade de criação de planos de carreira, as disposições por ela mesma introduzidas nesse artigo traduzem o nítido intuito de promover a profissionalização e o aperfeiçoamento dos servidores públicos. Da mesma forma, ao tratar de assuntos como padrões de vencimento e promoção na carreira, o texto constitucional deixa clara a necessidade de existência de planos de carreira (sem os quais não faz sentido falar em promoções ou em padrões de vencimento).

Seja como for, qualquer dúvida que pudesse existir ficou superada com a já mencionada decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 2.135/DF, em 02.08.2007, porquanto foi restabelecida a redação originária do *caput* do art. 39 da Constituição, voltando a exigência **expressa** de instituição pelos diversos entes federados de **planos de carreira** para os servidores de suas respectivas administrações diretas, autarquias e fundações públicas.

Merece um comentário, por fim, o fato de a EC 19/1998 haver suprimido a regra **originariamente** contida no § 1.º do art. 39, que prescrevia: “a lei assegurará, aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhados do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho”.

Não temos dúvida de que, mesmo deixando de existir, no texto constitucional, uma regra expressa assecuratória de isonomia de vencimentos

para servidores públicos que exerçam funções iguais ou semelhantes em um mesmo ente federado, deve o **legislador** nortear-se por esse princípio para a fixação de remunerações de agentes públicos. Não só porque o princípio da igualdade é um postulado geral a todos aplicável (art. 5.º, *caput* e inciso I), mas também em razão de uma gama de normas constitucionais, endereçadas aos servidores públicos, concernentes a direitos, obrigações, responsabilidades, atribuições, requisitos para ingresso no serviço público, entre outros temas a estes conexos. O próprio conteúdo do atual § 1.º do art. 39, conferido pela EC 19/1998, ao determinar que a fixação da remuneração dos servidores públicos obedeça à natureza, ao grau de responsabilidade e à complexidade dos cargos por eles ocupados, tem lastro evidente no princípio da isonomia.

De todo modo, muito importante é ressaltar que as considerações aqui traçadas a respeito da relação entre o princípio da isonomia e a remuneração de servidores públicos, assim como as próprias regras constitucionais citadas, têm por destinatário o **legislador**. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há décadas, pacificou-se quanto à impossibilidade de o Poder Judiciário, a título de isonomia, pretender aumentar remunerações de servidores públicos. Tal orientação foi inicialmente explicitada na Súmula 339 do STF (de 1963) e, em 2014, passou a constar da **Súmula Vinculante 37**, com este enunciado:

37 – Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.

8.3. Direitos trabalhistas atribuídos pela Constituição aos servidores públicos

O art. 7.º da Carta de 1988 contém, nos seus trinta e quatro incisos, a lista dos principais direitos fundamentais sociais a que fazem jus os “trabalhadores urbanos e rurais”. São **estendidos** aos “servidores ocupantes de cargo público” – ou seja, aos **servidores públicos estatutários** –, pelo § 3.º do art. 39 da Constituição Federal, os direitos previstos no seu art. 7.º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, “podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir”. Vale dizer, o § 3.º do art. 39 confere aos **servidores públicos estatutários** os seguintes direitos:

- a) salário mínimo;
- b) garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

- c) décimo terceiro;
- d) remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
- e) salário-família;
- f) duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais;
- g) repouso semanal remunerado;
- h) remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;
- i) férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que a remuneração normal;
- j) licença à gestante com duração de cento e vinte dias;
- k) licença-paternidade;
- l) proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
- m) redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;
- n) proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, “podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir”.

Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o direito dos servidores públicos à percepção de pelo menos um **salário mínimo** (letra “a”) refere-se à **remuneração** deles, e **não** ao **vencimento básico**. Por outras palavras, **não** é necessário que o vencimento básico corresponda ao salário mínimo; basta que a remuneração do servidor (vencimento básico + vantagens pecuniárias permanentes) alcance o valor do salário mínimo.

Essa orientação está, hoje, sedimentada na **Súmula Vinculante 16**:

16 – Os artigos 7.º, IV, e 39, § 3.º (redação da EC 19/98), da Constituição, referem-se ao total da remuneração percebida pelo servidor público.

A respeito da letra “h” da enumeração acima, nossa Corte Suprema já teve oportunidade de decidir que o direito de os **servidores ocupantes de cargo público** receberem pelo **serviço extraordinário** (“horas extras”) remuneração superior à normal em pelo menos cinquenta por cento **não depende de regulamentação legal**. Para o Supremo Tribunal Federal, a norma constitucional que assegura esse direito (resultante da conjugação do art. 7.º, XVI, com o art. 39, § 3.º) tem **eficácia plena**, isto é, não depende de lei

do ente federado para produzir os seus integrais efeitos (AI-AgR 642.528/RJ). Em suma, todos os servidores estatutários da administração pública brasileira fazem jus ao pagamento de “horas extras” em valor cinquenta por cento superior, no mínimo, ao da hora normal, mesmo que esse direito não esteja explicitado na lei (estatuto) respectiva.

Merece também um comentário o direito a **férias** anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que a remuneração normal (letra “i”). Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o servidor que fique **impossibilitado de gozar suas férias**, seja em razão do rompimento do vínculo com a administração, seja porque passou para a inatividade, tem **direito à conversão** das férias não gozadas em **indenização pecuniária**, com fundamento na vedação ao enriquecimento sem causa da administração (ARE 721.001/RJ). Observe-se que essa orientação **não se aplica** ao servidor que **permaneça em atividade**, no exercício de seu cargo, pois ele ainda tem a possibilidade de gozar as férias – direito constitucionalmente assegurado –, estando a administração obrigada à sua concessão, não se lhe facultando substituí-las, a seu arbítrio, por uma indenização em pecúnia.

Enfatizamos que o direito do servidor de **converter em dinheiro** as férias que ele não tem mais possibilidade de gozar **não precisa estar previsto em lei** e independe de perquirição sobre a existência de culpa pela não fruição das férias na época em que elas poderiam ou deveriam ter sido. Ademais, nossa Corte Suprema já deixou assente que a indenização pelas férias não usufruídas deve contemplar, obrigatoriamente, o **acréscimo de pelo menos um terço** sobre a remuneração normal (RE 570.908/RN).

Além desses direitos, o Supremo Tribunal Federal entende ser aplicável a **todas** as servidoras públicas, inclusive às ocupantes de cargo em comissão (e também às agentes públicas vinculadas ao poder público mediante contratação temporária), a **estabilidade provisória** prevista no art. 10, II, “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), a saber: “fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada **gestante**, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto” (RE-AgR 634.093/DF; MS 30.519/DF).

8.4. Estabilidade

A estabilidade está disciplinada no art. 41 da Constituição. Trata-se de instituto aplicável aos servidores públicos (estatutários) ocupantes de cargos efetivos. Em nenhuma hipótese o exercício de cargos em comissão gera direito à estabilidade em foco; embora exista algum dissenso na doutrina, pensamos ser majoritária a orientação segundo a qual o art. 41 da Constituição Federal não alcança, tampouco, os empregados públicos, seja qual for o órgão ou entidade a que pertencam.

São quatro os requisitos cumulativos para aquisição de estabilidade, a saber:

- 1) concurso público;
- 2) nomeação para cargo público efetivo;
- 3) três anos de efetivo exercício;
- 4) avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade (art. 41, § 4.º).

Se qualquer desses requisitos não estiver presente, não há possibilidade alguma de o servidor adquirir estabilidade. Por exemplo, se uma pessoa, na vigência da Constituição de 1988, ingressou em um cargo público efetivo municipal sem ter realizado concurso, **nunca adquirirá estabilidade**, ainda que tenha sido oficialmente nomeada (por óbvio, o ato de nomeação é nulo), permaneça efetivamente exercendo o cargo por vinte anos e até mesmo tenha sido aprovada na avaliação especial de desempenho!

O servidor estável somente perderá o cargo em uma destas hipóteses:

- a) sentença judicial transitada em julgado;
- b) processo administrativo disciplinar, assegurada ampla defesa;
- c) mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa;
- d) excesso de despesa com pessoal, nos termos do art. 169, § 4.º.

Evidentemente, existe, ainda, a hipótese de o servidor pedir exoneração, mas não se trata, nesse caso, de perda do cargo, e sim de desligamento voluntário.

A **lei complementar** que deverá estabelecer o procedimento de avaliação periódica de desempenho que poderia levar o servidor a perder o cargo (letra “c”, acima) até hoje **não foi editada**.

O art. 169 da Constituição, referido acima, na letra “d”, assim dispõe:

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

(...)

§ 3.º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no *caput*, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:

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

II – exoneração dos servidores não estáveis.

§ 4.º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.
(...)

O art. 41 da Constituição, além das disposições concernentes à estabilidade, contém ainda referência à denominada disponibilidade remunerada e a determinadas formas de provimento derivado – reintegração, recondução e aproveitamento –, sendo todas essas figuras aplicáveis unicamente aos servidores estáveis.

Nos termos do texto constitucional, a **reintegração** é a forma de provimento ocorrida quando o servidor estável é demitido e retorna ao cargo que anteriormente ocupava porque teve a demissão invalidada por sentença judicial. Se a vaga do servidor que está sendo reintegrado estiver ocupada por um servidor estável, será ele reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço. A **recondução**, portanto, na Constituição Federal, só é prevista em uma hipótese: quando o servidor estável retorna ao seu cargo de origem porque estava ocupando a vaga de um outro servidor que foi reintegrado.

A Carta da República regula a **disponibilidade** no § 3.º do art. 41, dispondo, tão somente, que, “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”. Logo, conforme a previsão constitucional, o **aproveitamento** é forma de provimento derivado aplicável ao servidor que foi posto em disponibilidade (estável, portanto) ou ao servidor estável que estivesse ocupando a vaga de um outro servidor que foi reintegrado.

Por fim, observe-se que a remuneração da disponibilidade é proporcional ao **tempo de serviço**, diferentemente do que ocorre em todas as hipóteses de aposentadorias proporcionais, nas quais os proventos são proporcionais ao tempo de contribuição.

8.5. Regime de previdência dos servidores públicos

A Constituição trata, em seu art. 40, do regime de previdência social aplicável aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos estados,

do Distrito Federal e dos municípios, incluídas as respectivas autarquias e fundações.

É importante frisar que somente os servidores públicos titulares de **cargos efetivos** fazem jus a esse regime de previdência, chamado **regime próprio**, justamente por ser diferente do regime de previdência denominado **regime geral**, a que se sujeitam os demais trabalhadores, não só os da iniciativa privada regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), autônomos e outros, mas também os servidores ocupantes, exclusivamente, de cargo em comissão, função temporária e emprego público.

O regime geral de previdência social está disciplinado no art. 201 da Constituição e se aplica, **subsidiariamente**, aos servidores públicos submetidos ao regime próprio, ou seja, inexistindo preceito específico no RPPS relativo a determinada situação, utilizam-se as disposições do regime geral que dela tratam. Não cuidamos do RGPS nesta obra.

Essencialmente, as características do atual regime previdenciário dos servidores públicos titulares de cargos efetivos das três esferas da Federação – aplicável aos servidores que tenham ingressado no serviço público após a publicação da EC 41/2003 – são as que expendemos a seguir.

O regime tem caráter **contributivo** e **solidário**. Dessa forma, somente será computado para efeito de aposentadoria o tempo de efetiva **contribuição** do beneficiário – e **não**, simplesmente, o **tempo de serviço**. É vedado ao legislador estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício. As contribuições devem observar critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

Devem contribuir para o sistema o **ente público**, os **servidores ativos** e **inativos** e os **pensionistas** (CF, art. 40, *caput*).

É **vedada** a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos, e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal (art. 40, § 20). É ressaltado, porém, o regime de previdência dos militares, que deve ser disciplinado em lei própria (CF, art. 142, § 3.º, X).

É proibida a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência próprio dos servidores estatutários, ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis previstos na Constituição (art. 40, § 6.º).

É também vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime próprio de previdência dos estatutários, ressalvados, nos termos definidos em **leis complementares**, os casos de servidores (art. 40, § 4.º):

I – portadores de deficiência;

- II – que exerçam atividades de risco;
- III – cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

A Lei Complementar 51/1985, com a redação dada pela Lei Complementar 144/2014, “dispõe sobre a aposentadoria do **servidor público policial**, nos termos do § 4.º do art. 40 da Constituição Federal”. **Outras leis complementares** que tratem das hipóteses referidas no § 4.º do art. 40 do Texto Magno **não foram editadas até hoje**. Em face da omissão do legislador – isto é, do descumprimento de seu dever de regulamentar esse dispositivo constitucional –, muitos servidores públicos vêm impetrando **mandados de injunção**, pleiteando ordens judiciais que lhes assegurem o concreto exercício do direito constitucionalmente previsto.

No que diz respeito à assim chamada **aposentadoria especial** – aquela concedida em razão de trabalho exercido sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física do indivíduo –, o Supremo Tribunal Federal **defer** os mandados de injunção, para o fim de determinar que a autoridade administrativa competente, utilizando por analogia o art. 57 da Lei 8.213/1991, verifique se o servidor público (federal, estadual, distrital ou municipal) preenche os requisitos nesse artigo estipulados e, sendo o caso, conceda-lhe a **aposentadoria especial** referida no inciso III do § 4.º do art. 40 da Constituição.

Essas decisões deram origem à **Súmula Vinculante 33**, com o seguinte enunciado:

33 – Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4.º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.

Quanto aos servidores com deficiência (inciso I do § 4.º do art. 40), o Supremo Tribunal Federal já julgou **procedentes** diversos mandados de injunção para o fim de determinar a observância do art. 57 da Lei 8.213/1991 pela administração, na análise de seus pedidos de **aposentadoria especial**. É interessante salientar que o art. 57 da Lei 8.213/1991, invocado por analogia nas decisões dos mandados de injunção mencionados, nem mesmo faz referência a pessoas com deficiência, mas, **tão somente**, garante **aposentadoria especial** ao segurado do RGPS que tenha exercido sua atividade “**sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física**”.

Posteriormente ao julgamento desses primeiros mandados de injunção de interesse de **servidores com deficiência**, foi publicada a Lei Comple-

mentar 142/2013, que “regulamenta a concessão de aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social”. Em face dessa inovação legislativa, o Supremo Tribunal Federal passou a determinar que as normas da LC 142/2013 – e **não mais** o art. 57 da Lei 8.213/1991 – sejam utilizadas como parâmetro para a autoridade administrativa competente apreciar o pedido de aposentação de **servidores com deficiência**. Isso, evidentemente, enquanto não for editada a lei complementar exigida pelo inciso I do § 4.º do art. 40 da Constituição da República.

Os proventos de aposentadoria serão calculados a partir das remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor tanto ao regime próprio quanto, se for o caso, ao regime geral (art. 40, § 3.º). A forma de cálculo deverá ser estabelecida em lei.

A regra descrita nesse § 3.º do art. 40 foi uma das mais importantes alterações trazidas pela EC 41/2003. Ela representa o **fim da aposentadoria com proventos integrais**. Os proventos não corresponderão, como antes era possível, ao valor da última remuneração do servidor. Seu valor será uma média calculada, nos termos da lei, com base nas remunerações sobre as quais o servidor contribuiu ao longo de sua vida profissional. Regulamenta essa norma constitucional a Lei 10.887/2004.

Deve ficar bem entendido o que chamamos de **fim da aposentadoria com proventos integrais**. O que deixou de existir foi a possibilidade – que havia antes da EC 41/2003 – de o servidor aposentar-se, uma vez atendidos os requisitos constitucionalmente estipulados, com proventos correspondentes ao valor da sua última remuneração, independentemente de sua vida laboral progressa. Note-se que o valor desses **proventos integrais** não resultava, propriamente, de um cálculo matemático: verificado o atendimento das condições determinadas no texto constitucional, simplesmente se concedia ao servidor a aposentadoria com proventos de valor **igual** ao da última remuneração do servidor.

A rigor, conquanto afirmemos que a EC 41/2003 extinguiu a aposentadoria com proventos integrais, a verdade é que ainda existem, hoje, hipóteses restritas e específicas em que servidores públicos podem se aposentar com os “proventos integrais” a que nos referimos no parágrafo precedente: (a) no caso de aposentadoria por invalidez decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei (estudada mais à frente neste tópico); e (b) no caso de servidores públicos que tenham ingressado no serviço público antes da EC 41/2003 e estejam enquadrados em regras de transição previstas expressamente na própria EC 41/2003 e em outras emendas constitucionais, que não têm interesse para a presente exposição.

Os servidores sujeitos ao **modelo atual** têm os seus proventos efetivamente determinados por meio de um **cálculo matemático**: o valor dos proventos corresponderá a uma média obtida a partir das remunerações utilizadas como base para as contribuições previdenciárias que o servidor pagou ao longo de sua vida profissional, ou de parte dela, conforme disposto em lei.

Esse valor inicial dos proventos pode até coincidir com a remuneração que o servidor estava recebendo imediatamente antes de se aposentar – dependerá da média das remunerações consideradas no cálculo e dos índices de atualização incidentes, nos termos do § 17 do art. 40, tratado a seguir. Porém, mesmo que aconteça de o valor inicial dos proventos coincidir com o da última remuneração que o servidor recebeu, os proventos, a partir de então, serão **reajustados** com base em índices definidos em lei, a fim de que mantenham, “em caráter permanente, o valor real” (art. 40, § 8.º). Absolutamente **nenhuma relação haverá entre esses reajustes e a evolução do valor das remunerações dos servidores ativos titulares daquele mesmo cargo** em que o servidor se aposentou.

O § 17 do art. 40 complementa a regra de cálculo dos proventos de aposentadoria contida no § 3.º, que estudamos nos parágrafos antecedentes. Estabelece o citado § 17 que **todos os valores de remuneração considerados para o cálculo do valor inicial dos proventos serão devidamente atualizados**, na forma da lei. A Lei 10.887/2004 regulamenta essa norma constitucional.

Cabe observar que, não obstante o fim da aposentadoria com proventos integrais para os servidores que ingressaram no serviço público depois da EC 41/2003, foi mantida no texto constitucional a vedação inscrita no § 2.º do art. 40, segundo a qual “os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão”. Por isso, se a forma de cálculo baseada nas remunerações sobre as quais o servidor contribuiu ao longo de sua vida profissional, atualizadas monetariamente, resultar em um valor superior à remuneração do servidor ativo, será “cortada” a parte excedente. Enfim, o valor inicial dos proventos de aposentadoria pode, **no máximo**, ser **igual** ao valor da remuneração do servidor ativo – **nunca maior**.

Além de extinguir a aposentadoria com proventos integrais – e como consequência lógica dessa medida –, a EC 41/2003 **suprimiu a regra de paridade entre remuneração e proventos**, que antes se encontrava no § 8.º do art. 40. Essa regra assegurava a revisão dos proventos, pelos mesmos índices e na mesma data, sempre que se modificasse a remuneração daquele cargo em que se deu a aposentadoria, ou do resultante de sua transformação, estendendo também aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens anteriormente concedidos aos servidores em atividade.

Atualmente, é previsto, também no § 8.º do art. 40, tão somente “o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei”.

O § 7.º do art. 40 trata das pensões. Nos termos desse dispositivo, o benefício da pensão por morte será igual:

- a) ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso o servidor seja aposentado por ocasião do seu óbito (art. 40, § 7.º, I);
- b) ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso o servidor estivesse em atividade na data do óbito (art. 40, § 7.º, II).

Os limites de remuneração previstos no art. 37, XI, da Constituição (“**tetos constitucionais**”) aplicam-se à soma total dos proventos de inatividade, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos, bem como de outras atividades sujeitas a contribuição para o regime geral de previdência social. Aplicam-se, também, à soma dos proventos de inatividade com a remuneração de cargo acumulável, de cargo em comissão e de cargo eletivo (art. 40, § 11).

O § 14 do art. 40 prevê a possibilidade de cada pessoa política fixar, para o valor das aposentadorias e pensões dos respectivos servidores públicos sujeitos ao regime próprio, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social (RGPS). O ente federativo que deseje fazê-lo terá que instituir, mediante lei de iniciativa do seu Poder Executivo, **regime de previdência complementar** para os seus servidores titulares de cargo efetivo (art. 40, § 15).

A instituição do **regime de previdência complementar** dos servidores titulares de cargo efetivo, portanto, é **obrigatória** para a pessoa política que pretenda estabelecer como **teto dos proventos** por ela pagos o **limite de benefícios do RGPS**. Esse regime deve observar, no que couber, o art. 202 da Constituição (que trata do regime de **previdência privada**, de caráter complementar e facultativo, organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social).

O **regime de previdência complementar** dos servidores titulares de cargo efetivo ficará a cargo de **entidades fechadas** de previdência complementar, de **natureza pública**, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de **contribuição definida** (art. 40, § 15).

O § 16 do art. 40 garante que o servidor que tenha ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente

regime de previdência complementar somente a ele estará sujeito se prévia e expressamente assim optar.

O § 18 do art. 40, acrescentado pela EC 41/2003, detalha a regra de cobrança de **contribuição previdenciária dos aposentados e pensionistas**. A partir da publicação da EC 41/2003, passou a incidir contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime próprio de previdência dos servidores titulares de cargos efetivos que **superem o limite máximo fixado para os benefícios do regime geral de previdência social**. A alíquota da contribuição deve ser **igual** à estabelecida para os **servidores em atividade**.

O Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a exigência da contribuição previdenciária ora em apreço, inclusive de quem, antes da publicação da EC 41/2003, já era aposentado ou pensionista do regime próprio de previdência social de que trata o art. 40 da Carta Política.

A EC 47/2005 acrescentou o § 21 ao art. 40, que estipula que essa contribuição previdenciária dos aposentados e pensionistas incidirá apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e de pensão que **superem o dobro do teto do regime geral de previdência social**, quando o beneficiário, na forma da lei, for **portador de doença incapacitante**.

É oportuno registrar, ainda, que as alíquotas das contribuições previdenciárias, cobradas para custeio dos respectivos regimes próprios de previdência social, pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios, tanto de seus servidores como de seus aposentados e pensionistas, não poderão ser inferiores à alíquota estabelecida pela União para a contribuição previdenciária cobrada de seus servidores titulares de cargos efetivos (CF, art. 149, § 1.º).

O § 19 do art. 40, acrescentado pela EC 41/2003, criou uma figura denominada **abono de permanência**, cujo valor corresponde ao da contribuição previdenciária devida pelo servidor público. Receberá essa quantia, **enquanto permanecer em atividade**, o servidor que já tenha completado os requisitos para requerer a aposentadoria voluntária não proporcional, estabelecidos no § 1.º, III, “a”, do art. 40 da Constituição. Como se vê, o recebimento do abono equivale, **financeiramente**, à dispensa do pagamento da contribuição previdenciária – e o seu objetivo evidente é incentivar o servidor que já poderia se aposentar a permanecer em atividade.

As hipóteses de concessão de aposentadoria pelo regime próprio dos servidores públicos titulares de cargos efetivos estão descritas no § 1.º do art. 40 da Constituição, abaixo transcrito:

§ 1.º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3.º e 17:

I – por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei;

II – compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos setenta anos de idade, ou aos setenta e cinco anos de idade, na forma de lei complementar;

III – voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

Examinemos cada uma dessas modalidades de aposentadoria:

1) por **invalidez permanente**;

Vimos anteriormente que, a partir da EC 41/2003, deixou de existir menção expressa, no corpo permanente da Constituição, à figura da “**aposentadoria com proventos integrais**”. Comentamos, também, que ainda fazem jus a ela: (a) servidores que ingressaram no serviço público antes da referida emenda constitucional e que se enquadrem em regras de transição previstas expressamente na própria EC 41/2003 e em outras emendas constitucionais, que não vêm a propósito para a presente exposição; e (b) servidores que se aposentem por invalidez decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei.

Essa última hipótese demanda uma explicação adicional, uma vez que a simples leitura do § 1.º do art. 40 da Carta Política, acima transcrito, levaria a concluir que os proventos da aposentadoria por invalidez decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável prevista em lei também deveriam ser calculados com base em uma média das remunerações sobre as quais o servidor pagou contribuição previdenciária, atualizadas monetariamente, na forma da lei. Isso porque, expressamente, o art. 40, § 1.º, manda calcular os proventos a partir do disposto em seus §§ 3.º e 17.

Acontece, entretanto, que os §§ 3.º e 17 do art. 40 do Texto Magno estão regulamentados pela Lei 10.887/2004. E o Supremo Tribunal Federal

já pacificou o entendimento de que a regulamentação estabelecida por essa lei só se aplica aos casos gerais de aposentadoria, mas não tem aplicação à hipótese específica e excepcional de aposentadoria por invalidez decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável prevista em lei (RE 656.860/MT).

Dessa forma, como o inciso I do § 1.º do art. 40, com a redação introduzida pela EC 41/2003, é uma **norma constitucional de eficácia limitada**, a falta de regulamentação legal impede que ela produza seus integrais efeitos, permanecendo aplicável a disciplina anterior, que, incontroversamente, dava **direito a aposentadoria com proventos integrais nos casos de invalidez decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável prevista em lei**.

Em suma, devemos considerar que, do inciso I do § 1.º do art. 40 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 41/2003, resulta que:

- a) a aposentadoria por invalidez permanente será, **em regra**, com **proventos proporcionais** ao tempo de contribuição;
- b) quando a invalidez for decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei, há uma exceção constitucional específica, a qual, por impedir a aplicação da regulamentação genérica dos §§ 3.º e 17 do art. 40, contida na Lei 10.887/2004, implica reconhecer a esses servidores o direito a **aposentadoria com proventos integrais**, conforme a disciplina existente antes da EC 41/2003.

É importante registrar, ainda, que, de acordo com a jurisprudência consolidada no âmbito de nossa Corte Suprema, compete à **lei ordinária** especificar as enfermidades graves, contagiosas ou incuráveis que ensejam a aposentadoria por invalidez permanente com direito a **proventos integrais** – e a enumeração legal de tais doenças tem **natureza taxativa**.

- 2) **compulsória**, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos **setenta** anos ou, na forma de **lei complementar**, aos **setenta e cinco** anos de idade;

Em sua redação atual, dada pela EC 88/2015, o inciso II do § 1.º do art. 40 da Constituição estabelece que a aposentadoria **compulsória** dos servidores públicos deve ocorrer aos **setenta** anos ou, na forma de **lei complementar**, aos **setenta e cinco** anos de idade.

A **Lei Complementar 152/2015**, em seu art. 2.º, determina que a aposentadoria compulsória prevista no inciso II do § 1.º do art. 40 da Constituição Federal ocorrerá aos **setenta e cinco** anos de idade para: (a) os servidores titulares de

cargos efetivos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, incluídas suas autarquias e fundações; (b) os membros do Poder Judiciário; (c) os membros do Ministério Público; (d) os membros das Defensorias Públicas; e (e) os membros dos tribunais e dos conselhos de contas.

- 3) **voluntária**, desde que cumprido tempo mínimo de **dez anos** de efetivo exercício no serviço público e **cinco anos** no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:
 - 3.1. aos sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher: com proventos calculados, na forma da lei, a partir das remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência próprio e geral, devidamente atualizadas;
 - 3.2. aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher: com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

Preceitua o § 5.º do art. 40 que o professor e a professora que comprovem **exclusivamente** tempo de **efetivo exercício** das funções de **magistério** na **educação infantil** e no **ensino fundamental e médio** terão **reduzidos em 5 anos** o tempo de contribuição e o limite de idade exigidos para a aposentadoria voluntária não proporcional (concedida com base no art. 40, III, “a”).

Finalizando este tópico, convém pontuar que a EC 41/2003 estabeleceu diferentes regras de transição para quem já se encontrava no serviço público, variando a regra conforme a data de ingresso ou a situação jurídica do servidor. A EC 47/2005 e a EC 70/2012 também introduziram regras de transição aplicáveis aos servidores que ingressaram no serviço público antes da publicação da EC 41/2003, tendo ambas proporcionado alguma atenuação a reduções de direitos que haviam sido impostas pela EC 41/2003. Por sua especificidade, tais regras não serão detalhadas nesta obra.