

Maria Sylvia Zanella  
**Di Pietro**

DIREITO  
**ADMINISTRATIVO**

**29.<sup>a</sup>** revista,  
*edição* atualizada  
e ampliada



- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2016 by

**EDITORA FORENSE LTDA.**

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (0XX21) 3543-0770 – Fax: (0XX21) 3543-0896

faleconosco@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Esta obra passou a ser publicada pela Editora Forense a partir da 29.ª edição.

- Capa: Danilo Oliveira

- Fechamento desta edição: 15.02.2016

- CIP – Brasil. Catalogação na fonte.  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

C35m

Di Pietro, Maria Sylvania Zanella

Direito administrativo / Maria Sylvania Zanella Di Pietro. – 29.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.  
1088 p.; 24cm

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-309-6876-2

1. Direito administrativo - Brasil. I. Título.

15-28985.

CDU: 342.9

# 13

## SERVIDORES PÚBLICOS

### 13.1 TERMINOLOGIA

A Constituição de 1988, na seção II do capítulo concernente à Administração Pública, emprega a expressão “Servidores Públicos” para designar as pessoas que prestam serviços, com vínculo empregatício, à Administração Pública **Direta, autarquias e fundações públicas**. É o que se infere dos dispositivos contidos nessa seção.

No entanto, na seção I, que contém disposições gerais concernentes à Administração Pública, contempla normas que abrangem todas as pessoas que prestam serviços à “Administração Pública **Direta e Indireta**”, o que inclui não só as autarquias e fundações públicas, como também as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado.

Na seção III, cuida dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Isso significa que “servidor público” é expressão empregada ora em sentido amplo, para designar todas as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício, ora em sentido menos amplo, que exclui os que prestam serviços às entidades com personalidade jurídica de direito privado. Nenhuma vez a Constituição utiliza o vocábulo **funcionário**, o que não impede seja este mantido na legislação ordinária.

Além disso, em outros capítulos existem preceitos aplicáveis a outras pessoas que exercem **função pública**; esta, em sentido amplo, compreende não só a função administrativa, de que cuida o capítulo referente à Administração Pública, mas também as funções **legislativa e jurisdicional**, tratadas em capítulos próprios.

E ainda há as pessoas que exercem função pública, sem vínculo empregatício com o Estado.

Daí a necessidade de adoção de outro vocábulo, de sentido ainda mais amplo do que servidor público para designar as pessoas físicas que exercem **função pública**, com ou sem vínculo empregatício.

De alguns tempos para cá, os doutrinadores brasileiros passaram a falar em **agente público** nesse sentido amplo.

## 13.2 AGENTES PÚBLICOS

**Agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta.**

Antes da Constituição atual, ficavam excluídos os que prestavam serviços às pessoas jurídicas de direito privado instituídas pelo Poder Público (fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista). Hoje o artigo 37 exige a inclusão de todos eles.

Perante a Constituição de 1988, com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 18/98, pode-se dizer que são quatro as categorias de agentes públicos:

1. agentes políticos;
2. servidores públicos;
3. militares; e
4. particulares em colaboração com o Poder Público.

A expressão **agente público** não é destituída de importância, tendo em vista ser utilizada pela própria Constituição. Todas as categorias, mesmo a dos particulares, se atuarem no exercício de atribuições do poder público, acarretam a responsabilidade objetiva prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, já que o dispositivo fala em danos causados por **agentes públicos**. Se o Estado for condenado, cabe ação regressiva contra o agente causador do dano, desde que tenha agido com dolo ou culpa.

Além disso, todas são abrangidas pelo artigo 5º, LXIX, da Constituição, sendo passíveis de mandado de segurança se, no exercício de atribuições do poder público, praticarem ato ilegal ou com abuso de poder, ferindo direito líquido e certo não amparado por habeas corpus. O dispositivo também se refere a **agente**, e não a servidor.

Cabe aqui uma referência aos militares. Até a Emenda Constitucional nº 18/98, eles eram tratados como “servidores militares”. A partir dessa Emenda, excluiu-se, em relação a eles, a denominação de servidores, o que significa ter de incluir, na classificação apresentada, mais uma categoria de agente público, ou seja, a dos militares. Essa inclusão em nova categoria é feita em atenção ao tratamento dispensado pela referida Emenda Constitucional. Porém, quanto ao tipo de vínculo com o poder público, não há distinção entre os servidores civis e os militares, a não ser pelo regime jurídico, parcialmente diverso. Uma e outra categoria abrangem pessoas físicas vinculadas ao Estado por vínculo de natureza estatutária.

Entram na categoria de militares os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros dos Estados, Distrito Federal e Territórios (art. 42) e os membros das Forças Armadas, ou seja, Marinha, Exército e Aeronáutica (art. 142).

### 13.2.1 AGENTES POLÍTICOS

Não há uniformidade de pensamento entre os doutrinadores na conceituação dos agentes políticos.

Para Hely Lopes Meirelles (2003:75), “**agentes políticos** são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais”. Ele inclui nessa categoria tanto os Chefes do Poder Executivo federal, estadual e municipal, e seus auxiliares diretos, os membros do Poder Legislativo, como também os da Magistratura, Ministério Público, Tribunais de Contas, representantes diplomáticos e “demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho das atribuições governamentais, judiciais ou quase judiciais, estranhas ao quadro do funcionalismo estatutário”.

Celso Antônio Bandeira de Mello (1975a:7 e 2015:251-252) adota um conceito mais restrito: “Agentes Políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder. Sua função é a de formadores da vontade superior do Estado.” Para ele, são agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos e respectivos auxiliares imediatos (Ministros e Secretários das diversas pastas), os Senadores, os Deputados e os Vereadores.

Esta última conceituação é a preferível. A ideia de agente político liga-se, indissociavelmente, à de **governo** e à de **função política**, a primeira dando ideia de órgão (aspecto subjetivo) e, a segunda, de atividade (aspecto objetivo).

Ao tratarmos do assunto concernente à **Administração Pública**, vimos, baseados na lição de Renato Alessi, que a função política “implica uma atividade de ordem superior referida à direção suprema e geral do Estado em seu conjunto e em sua unidade, dirigida a determinar os fins da ação do Estado, a assinalar as diretrizes para as outras funções, buscando a unidade de soberania estatal”. Compreende, basicamente, as atividades de direção e as colegislativas, ou seja, as que implicam a fixação de metas, de diretrizes, ou de planos governamentais.

Essas funções políticas ficam a cargo dos órgãos governamentais ou governo propriamente dito e se concentram, em sua maioria, nas mãos do Poder Executivo, e, em parte, do Legislativo; no Brasil, a participação do Judiciário em decisões políticas praticamente inexistente, pois a sua função se restringe, quase exclusivamente, à atividade jurisdicional sem grande poder de influência na atuação política do Governo, a não ser pelo controle *a posteriori*.

O mesmo se diga com relação aos membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas, o primeiro exercendo uma das funções essenciais à justiça, ao lado da Advocacia-Geral da União, da Defensoria Pública e da Advocacia, e o segundo a função de auxiliar do Legislativo no controle sobre a Administração. Em suas atribuições constitucionais, nada se encontra que justifique a sua inclusão entre as funções de governo; não participam, direta ou indiretamente, das decisões governamentais.

Não basta o exercício de atribuições constitucionais para que se considere como agente político aquele que as exerce, a menos que se considere como tal todos os servidores integrados em instituições com competência constitucional, como a Advocacia-Geral da União, as Procuradorias dos Estados, a Defensoria Pública, os militares.

São, portanto, agentes políticos, no direito brasileiro, porque exercem típicas atividades de **governo e exercem mandato, para o qual são eleitos**, apenas os Chefes dos Poderes Executivos federal, estadual e municipal, os Ministros e Secretários de Estado, além de Senadores, Deputados e Vereadores. A forma de investidura é a **eleição**, salvo para Ministros e Secretários, que são de livre escolha do Chefe do Executivo e providos em cargos públicos, mediante **nomeação**.

É necessário reconhecer, contudo, que atualmente há uma tendência a considerar os membros da Magistratura e do Ministério Público como agentes políticos. Com relação aos primeiros, é válido esse entendimento desde que se tenha presente o sentido em que sua função é considerada política; não significa que participem do Governo ou que suas decisões sejam políticas, baseadas em critérios de oportunidade e conveniência, e sim que correspondem ao exercício de uma parcela da soberania do Estado, consistente na função de dizer o direito em última instância. Nesse sentido, o STF, no Recurso Extraordinário 228.977/SP, em que foi relator o Ministro Néri da Silveira, referiu-se aos magistrados como “agentes políticos, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica” (DJ de 12-4-02). Quanto ao vínculo com o poder público, é de natureza estatutária, regido pela Lei Orgânica da Magistratura.

Quanto aos membros do Ministério Público, a inclusão na categoria de agentes políticos tem sido justificada pelas funções de controle que lhe foram atribuídas a partir da Constituição de 1988 (art. 129), especialmente a de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (inciso II). No entanto, quanto à forma de investidura e aos vínculos com o Poder Público, sua situação iguala-se à dos servidores públicos estatutários, ainda que submetida a estatuto próprio.

Para fins de responsabilidade política, o rol de agentes políticos é maior porque abrange todos os referidos nos artigos 29-A, §§ 2º e 3º, da Constituição (Prefeito e Presidente da Câmara Municipal), 52, I (Presidente e Vice-Presidente da República, Ministros de Estado e Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, nos

crimes de responsabilidade conexos com aqueles), 52, II (Ministros do STF, Membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, Procurador-Geral da República e Advogado-Geral da União), 102, I (Ministros de Estado, Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, membros dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas e chefes de missão diplomática), 105, I, “a” (Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, membros dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais) e 108, I, “a” (juízes federais, inclusive os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, e os membros do Ministério Público da União), além dos referidos nas Constituições estaduais.

### 13.2.2 SERVIDORES PÚBLICOS

São servidores públicos, em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos.

Compreendem:

1. os **servidores estatutários**, sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargos públicos;
2. os **empregados públicos**, contratados sob o regime da legislação trabalhista e ocupantes de **emprego público**;
3. os **servidores temporários**, contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da Constituição); eles exercem **função**, sem estarem vinculados a cargo ou emprego público.

Os da primeira categoria submetem-se a **regime estatutário**, estabelecido em lei por cada uma das unidades da federação e modificável unilateralmente, desde que respeitados os direitos já adquiridos pelo servidor. Quando nomeados, eles ingressam numa situação jurídica previamente definida, à qual se submetem com o ato da posse; não há possibilidade de qualquer modificação das normas vigentes por meio de contrato, ainda que com a concordância da Administração e do servidor, porque se trata de normas de ordem pública, cogentes, não derogáveis pelas partes.

Os da segunda categoria são **contratados** sob regime da legislação trabalhista, que é aplicável com as alterações decorrentes da Constituição Federal; não podem Estados e Municípios derogar outras normas da legislação trabalhista, já que não

têm competência para legislar sobre Direito do Trabalho, reservada privativamente à União (art. 22, I, da Constituição). Embora sujeitos à CLT, submetem-se a todas as normas constitucionais referentes a requisitos para a investidura, acumulação de cargos, vencimentos, entre outras previstas no Capítulo VII, do Título III, da Constituição.

Os da terceira categoria são contratados para exercer funções em caráter temporário, mediante regime jurídico especial a ser disciplinado em lei de cada unidade da federação. Eles substituem os servidores a que fazia referência o artigo 106 da Constituição de 1967 (com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69), que previa, também, um regime especial para duas hipóteses: servidores **admitidos** em serviços de caráter temporário ou **contratados** para funções de natureza técnica especializada. No Estado de São Paulo, esse regime foi instituído pela Lei nº 500, de 13-11-74, que acabou por desvirtuar a norma constitucional e com ela conflitar, ao estabelecer, para os servidores “temporários”, regime jurídico praticamente igual ao do funcionário público, com a agravante de aplicá-lo a funções de **caráter permanente**. Diante do artigo 37, IX, da Constituição Federal, e artigo 115, X, da Constituição Paulista, não há mais fundamento para a admissão prevista na Lei paulista nº 500/74, mas apenas para a **contratação**, que somente pode ocorrer “por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”; não existe mais a contratação para serviços de natureza técnica especializada.

O Estado de São Paulo, depois de 21 anos da entrada em vigor da Constituição, finalmente veio disciplinar a contratação de servidores temporários e o fez pela Lei nº 1.093, de 17-7-09. Ela indica as hipóteses de contratação temporária prevista no artigo 115, X, da Constituição do Estado; exige processo seletivo simplificado, que poderá ser apenas classificativo nos casos de urgência expressamente referidos; estabelece como regime de contratação o estabelecido na Lei nº 10.261, de 28-10-68 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo); veda a admissão de pessoal com fundamento na Lei nº 500/74; prevê a extinção, na vacância, das funções-atividades submetidas à Lei nº 500; as que estiverem vagas serão extintas na data de publicação da Lei nº 1.093/94. Vale dizer que respeitou a situação dos servidores já admitidos no regime da Lei nº 500, mas vedou a admissão de novos servidores nesse regime.

Na esfera federal, a contratação temporária, com base no artigo 37, IX, está disciplinada pela Lei nº 8.745, de 9-12-93, alterada por sucessivas leis posteriores.<sup>1</sup>

Também na **esfera federal**, o regime de emprego público do pessoal da Administração Direta, autárquica e fundacional está disciplinado pela Lei nº 9.962, de 22-2-00, segundo a qual o pessoal celetista será regido pela CLT no que a lei não dispuser em contrário, o que nem precisava ser dito, porque, sendo da União a com-

<sup>1</sup> Sobre servidor temporário, v. item 13.4.3.

petência privativa para legislar sobre Direito do Trabalho (art. 22, I, da Constituição), é evidente que ela pode derogar, por lei específica para os servidores federais, a legislação trabalhista. A lei repete a exigência de lei para a criação de empregos, já prevista no artigo 61, § 1º, II, *a*, da Constituição, vedando expressamente a utilização de medidas provisórias para esse fim (art. 4º). Veda a aplicação do regime celetista para os cargos em comissão, para os servidores regidos pela Lei nº 8.112/90, bem como para a criação de empregos não criados por leis específicas; repete a exigência constitucional, contida no artigo 37, II, de concurso público de provas ou de provas e títulos, conforme a natureza e a complexidade do emprego; cria certo grau de estabilidade para os servidores celetistas contratados por prazo indeterminado, ao estabelecer que a rescisão unilateral só poderá ocorrer nas seguintes hipóteses: I – prática de falta grave, dentre as enumeradas no art. 482 da CLT; II – acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; III – necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa, nos termos da lei complementar a que se refere o art. 169 da Constituição; IV – insuficiência de desempenho, apurada em procedimento no qual se assegurem pelo menos um recurso hierárquico dotado de efeito suspensivo, que será apreciado em 30 dias, e o prévio conhecimento dos padrões mínimos exigidos para continuidade da relação de emprego, obrigatoriamente estabelecidos de acordo com as peculiaridades das atividades exercidas. Esse procedimento só é dispensado para as contratações de pessoal decorrentes da autonomia de gestão de que trata o § 8º do art. 37 da Constituição Federal (a referência é aos órgãos da Administração Direta e entidades da Administração Indireta que celebram contrato – o chamado *contrato de gestão*, tratado no item 8.9 deste livro – com o Poder Público, para obtenção de maior autonomia, nos termos do dispositivo constitucional). A lei permite também a transformação de cargos em empregos, o que só poderá alcançar os cargos efetivos que estejam vagos, tendo em vista que os cargos em comissão foram excluídos da abrangência da lei; por outro lado, se o cargo efetivo estiver ocupado, estará o servidor regido pela Lei nº 8.112/90 e, portanto, também excluído do alcance da lei (art. 1º, § 2º, II).

Menção à parte merece a situação dos **agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias**. A Emenda Constitucional nº 51 acrescentou três parágrafos ao artigo 198 da Constituição, que trata do Sistema Único de Saúde (SUS). O § 4º prevê admissão de tais profissionais pelos gestores locais do SUS, mediante processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação; o § 5º, com a redação alterada pela Emenda Constitucional nº 63/10, prevê lei federal que venha dispor sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades desses agentes, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial; e o § 6º prevê, para os servidores que exerçam funções equivalentes às dos agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias, mais uma hipótese de perda do cargo, além das previstas no artigo 41 e no § 4º do artigo 169 da Consti-

tuição. É estranho que o § 4º fale em **processo seletivo** público e não em **concurso público**, o que seria exigido para que o dispositivo se harmonizasse com a norma do artigo 37, II, da Constituição.

Dando cumprimento ao dispositivo constitucional, a Lei nº 11.350, de 5-10-06, regulamenta o § 5º do artigo 198 da Constituição do seguinte modo: prevê a sujeição de tais servidores ao regime da CLT, salvo se, nos Estados, Distrito Federal e Municípios, lei local dispuser de forma diversa (art. 8º); cria, no artigo 15, **empregos públicos** de Agentes de Combate às Endemias (art. 15); prevê a contratação das duas categorias de Agentes mediante processo seletivo público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para o exercício das atividades (art. 9º); estabelece as hipóteses de rescisão unilateral do contrato de trabalho, que são exatamente as mesmas previstas para os servidores celetistas pela Lei nº 9.962/00 (art. 10); proíbe a contratação temporária ou terceirizada das duas categorias de Agentes, salvo na hipótese de combate a surtos endêmicos (art. 16).

Nos Estados e Municípios, os servidores celetistas reger-se-ão pela CLT com as derrogações constantes da própria Constituição Federal. Sendo da União a competência privativa para legislar sobre direito do trabalho, não é possível a promulgação de leis estaduais e municipais que derroguem total ou parcialmente as normas da CLT para os servidores públicos.

Na vigência da Constituição anterior, utilizava-se a expressão **funcionário público** para designar o atual servidor estatutário. A expressão mantém-se em algumas leis mais antigas, como é o caso da Lei paulista nº 10.261, de 28-10-68, que instituiu o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo, ainda em vigor, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 942, de 6-6-03. Essa categoria só existia na Administração Direta (incluindo Executivo, Judiciário e Legislativo), pois apenas ele ocupava cargo público criado por lei e se submetia ao Estatuto; os servidores autárquicos ou tinham regime estatutário próprio ou se submetiam à CLT, sendo seus cargos criados pelo Poder Executivo.

A Constituição de 1988, que substituiu a expressão **funcionário público** por **servidor público**, previu, na redação original, regime jurídico único para os servidores da Administração Direta, autarquias e fundações públicas (art. 39). A partir da Emenda Constitucional nº 19, de 4-6-98, a exigência tinha deixado de existir, de modo que cada esfera de governo podia instituir o regime estatutário ou o contratual, com possibilidade de conviverem os dois regimes na mesma entidade ou órgão, não havendo necessidade de que o mesmo regime adotado para a Administração Direta fosse igual para as autarquias e fundações públicas. No entanto, o Supremo Tribunal Federal suspendeu, em ação direta de inconstitucionalidade, a vigência do artigo 39, *caput*, voltando a aplicar-se o dispositivo em sua redação original (conf. demonstrado no item 13.4.1).

Algumas categorias se enquadrarão necessariamente como **servidores estatutários**, ocupantes de **cargos** e sob regime estatutário, estabelecido por leis próprias:

trata-se dos membros da Magistratura, do Ministério Público, do Tribunal de Contas, da Advocacia Pública e da Defensoria Pública. Embora exerçam atribuições constitucionais, fazem-no mediante vínculo empregatício com o Estado, ocupam cargos públicos criados por lei e submetem-se a regime estatutário próprio estabelecido pelas respectivas leis orgânicas. Também os servidores que trabalham em serviços auxiliares da justiça serão ocupantes de **cargos**, conforme decorre do artigo 96, I, e, da Constituição.

Além disso, também ocupam necessariamente cargos públicos, sob regime estatutário, os servidores que “desenvolvam atividades exclusivas de Estado”; isto porque o artigo 247 da Constituição, acrescentado pelo artigo 32 da Emenda Constitucional nº 19/98, exige sejam fixados, por lei, “critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado”. Ainda não foram definidas as carreiras de Estado, mas, com certeza, pode-se afirmar que abrangem, além dos membros da Magistratura, Ministério Público, Tribunal de Contas, Advocacia Pública e Defensoria Pública (os quais exercem atribuições constitucionais), os servidores que atuam nas áreas de polícia civil ou militar, controle, fiscalização, diplomacia e regulação.

Os servidores das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações privadas regem-se pela legislação trabalhista. Para as empresas que exercem atividade econômica, esse regime é imposto pelo artigo 173, § 1º, da Constituição. Para os demais, não é obrigatório, mas é o que se adota por meio das leis ordinárias, por ser o mais compatível com o regime de direito privado a que se submetem.

### 13.2.3 MILITARES

Os militares abrangem as pessoas físicas que prestam serviços às Forças Armadas – Marinha, Exército e Aeronáutica (art. 142, *caput*, e § 3º, da Constituição) – e às Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, Distrito Federal e dos Territórios (art. 42), com vínculo estatutário sujeito a regime jurídico próprio, mediante remuneração paga pelos cofres públicos. Até a Emenda Constitucional nº 18/98, eram considerados servidores públicos, conforme artigo 42 da Constituição, inserido em seção denominada “servidores públicos militares”. Note-se, no entanto, que no § 9º do artigo 144, acrescido pela Emenda Constitucional nº 19/98, o legislador volta a utilizar a expressão “servidores policiais” (abrangendo polícia civil e militar), ao determinar que “a remuneração dos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados neste artigo será fixada na forma do § 4º do artigo 39”, ou seja, sob a forma de subsídio.

De qualquer forma, a partir da Emenda Constitucional nº 18/98, os militares ficaram excluídos da categoria de servidores públicos, só lhes sendo aplicáveis as normas que a estes se referem quando houver previsão expressa nesse sentido, como a contida no artigo 142, § 3º, inciso VIII. Esse dispositivo manda aplicar aos

militares das Forças Armadas os incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV do artigo 7º e os incisos XI, XIII, XIV e XV do artigo 37. Vale dizer que os militares fazem jus a algumas vantagens próprias do trabalhador privado: décimo terceiro salário, salário-família, férias anuais remuneradas, licença à gestante, licença-paternidade e assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas. E estão sujeitos a algumas normas próprias dos servidores públicos: teto salarial, limitações, forma de cálculo dos acréscimos salariais e irredutibilidade de vencimentos.

Essas mesmas normas são aplicadas aos militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios com base no artigo 42, §§ 1º e 2º. O § 1º ainda manda aplicar aos militares o artigo 40, § 9º, segundo o qual “o tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade”.

Em decorrência do disposto no artigo 42, § 1º, são aplicáveis aos militares as seguintes disposições da Constituição:

- a) o artigo 14, § 8º, que trata das condições de elegibilidade dos militares;
- b) o artigo 40, § 9º, que prevê a contagem de contribuição federal, estadual ou municipal para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade;
- c) o artigo 142, § 2º, que veda a propositura de *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares;
- d) o artigo 142, § 3º, que define os direitos, obrigações e impedimentos dos integrantes das Forças Armadas, além de outros que vierem a ser previstos em lei;
- e) o artigo 142, § 3º, inciso X, que prevê lei dispendo sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra. A lei prevista nesse dispositivo é de competência estadual, para os militares referidos no artigo 42; e é de competência federal para os mencionados no artigo 142, § 3º, X.

As mesmas normas são aplicadas aos militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios, com base no artigo 42, §§ 1º e 2º, combinado com o artigo 142, § 3º.

Seu regime é estatutário porque estabelecido em lei a que se submetem independentemente de contrato. Esse regime é definido por legislação própria dos militares, que estabelece normas sobre ingresso, limites de idade, estabilidade, transferência para a inatividade, direitos, deveres, remuneração prerrogativas (arts. 42, § 1º, e 142, § 3º, X, da Constituição).

Conforme artigo 142, § 3º, I, as patentes, com prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, são conferidas pelo Presidente da República e asseguradas em plenitude aos oficiais da ativa, da reserva ou reformados, sendo-lhes privativos os títulos e postos militares e, juntamente com os demais membros, o uso dos uniformes das Forças Armadas. No âmbito estadual, as patentes são conferidas pelos Governadores do Estado, conforme artigo 42, § 1º.

O militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego civil *permanente* será transferido para a reserva, nos termos da lei (art. 142, § 3º, II); se for cargo, emprego ou função pública *temporária*, não eletiva, ficará *agregado* ao respectivo quadro e somente poderá, enquanto permanecer nessa situação, ser promovido por antiguidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a reserva, sendo depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, transferido para a reserva (art. 142, § 3º, III). Vale dizer que não existe possibilidade de acumulação do posto do militar com outro cargo, emprego ou função.<sup>2</sup>

O artigo 142, § 3º, incisos IV e V, proíbe o direito de greve e sindicalização, bem como a filiação a partidos políticos, enquanto em serviço ativo. Podem votar e ser votados, mas não podem os *conscritos* alistar-se como eleitores, durante o período de serviço militar obrigatório (art. 14, § 2º).

Conforme artigo 142, § 3º, VI, a perda do posto e da patente só pode ocorrer se o militar for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão do Tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra; esse julgamento é obrigatório quando o oficial for condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade, superior a dois anos, por sentença transitada em julgado (inciso VII).

Os militares submetem-se a regime estatutário estabelecido em lei. Para os militares federais, aplica-se o Estatuto dos Militares, aprovado pela Lei nº 6.880, de 9-12-80, que define os seus direitos, prerrogativas, impedimentos, regime disciplinar. Para os militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal, o Decreto-lei federal nº 667, de 2-7-69, estabelece as normas básicas, ficando para os Estados e o Distrito Federal a competência para complementar a legislação federal.<sup>3</sup>

Alguns direitos dos militares são designados com terminologia diversa da empregada para os servidores civis: fala-se em *agregação* quando o militar passa temporariamente à condição de inativo, a pedido ou *ex officio*, permanecendo sem número (art. 80 da Lei nº 6.880/80). A condição de inativo, nesse caso, é temporária, ficando o agregado sujeito à reversão, quando cesse o motivo da agregação. A agre-

<sup>2</sup> O STJ já entendeu possível “a acumulação de dois cargos privativos na área da saúde, no âmbito das esferas civil e militar, desde que o servidor público não desempenhe as funções tipicamente exigidas para a atividade castrense, e sim atribuições inerentes a profissões de civis” (RMS 22.765/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Thereza de Assis Moura, j. 3-8-10, DJe 23-8-10).

<sup>3</sup> Pela Súmula Vinculante nº 39, do STF, “compete privativamente à União legislar sobre vencimento dos membros das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar do Distrito Federal”.

gação pode ocorrer, por exemplo, como decorrência de invalidez ou incapacidade temporária, extravio, idade limite para a reforma (até que esta se concretize). É a hipótese referida no artigo 142, § 3º, III, da Constituição, que prevê a agregação do militar da ativa que exercer, temporariamente, outro cargo, emprego ou função pública. Nessa situação, o militar ficará agregado ao respectivo quadro.

Outra hipótese de exclusão do serviço ativo é a *transferência para a reserva*, que pode ocorrer a pedido ou *ex officio*. Essa é a situação referida no artigo 142, § 3º, II, da Constituição, que ocorre quando o militar tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente.

A *reforma* – que equivale à aposentadoria do servidor civil – ocorre quando o militar é definitivamente desligado do serviço ativo, nas hipóteses previstas em lei, como tempo de serviço, invalidez, idade-limite para permanência na reserva.

A *demissão* também constitui forma de exclusão do serviço ativo, mas não tem caráter punitivo, podendo ocorrer a pedido ou *ex officio*. Outras hipóteses de exclusão ainda são a *perda do posto ou patente* (prevista, com caráter punitivo, no artigo 142, § 3º, VI, da Constituição), e o *licenciamento* (aplicável a oficiais da reserva e praças, podendo ser a pedido ou *ex officio*, por conveniência do serviço ou a bem da disciplina).

### 13.2.4 PARTICULARES EM COLABORAÇÃO COM O PODER PÚBLICO

Nesta categoria entram as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração. Podem fazê-lo sob títulos diversos, que compreendem:

1. **delegação do Poder Público**, como se dá com os empregados das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, os que exercem serviços notariais e de registro (art. 236 da Constituição), os leiloeiros, tradutores e intérpretes públicos; eles exercem função pública, em seu próprio nome, sem vínculo empregatício, porém sob fiscalização do Poder Público. A remuneração que recebem não é paga pelos cofres públicos mas pelos terceiros usuários do serviço;
2. mediante **requisição, nomeação ou designação** para o exercício de funções públicas relevantes; é o que se dá com os jurados, os convocados para prestação de serviço militar ou eleitoral, os comissários de menores, os integrantes de comissões, grupos de trabalho etc.; também não têm vínculo empregatício e, em geral, não recebem remuneração;
3. como **gestores de negócio** que, espontaneamente, assumem determinada função pública em momento de emergência, como epidemia, incêndio, enchente etc.

### 13.3 CARGO, EMPREGO E FUNÇÃO

A Constituição federal, em vários dispositivos, emprega os vocábulos **cargo**, **emprego** e **função** para designar realidades diversas, porém que existem paralelamente na Administração. Cumpre, pois, distingui-las.

Para bem compreender o sentido dessas expressões, é preciso partir da ideia de que na Administração Pública todas as competências são definidas na lei e distribuídas em três níveis diversos: **pessoas jurídicas** (União, Estados e Municípios), **órgãos** (Ministérios, Secretarias e suas subdivisões) e **servidores públicos**; estes ocupam **cargos** ou **empregos** ou exercem **função**.

Daí a observação de Celso Antônio Bandeira de Mello (1975a:17): “cargo é a denominação dada à mais simples unidade de poderes e deveres estatais a serem expressos por um agente”.

Com efeito, as várias competências previstas na Constituição para a União, Estados e Municípios são distribuídas entre seus respectivos órgãos, cada qual dispondo de determinado número de **cargos** criados por lei, que lhes confere denominação própria, define suas atribuições e fixa o padrão de vencimento ou remuneração.

Durante muito tempo, essa unidade de atribuições correspondia ao **cargo** e era atribuída ao **funcionário** público sob regime estatutário.

Quando se passou a aceitar a possibilidade de contratação de servidores sob o regime da legislação trabalhista, a expressão **emprego público** passou a ser utilizada, paralelamente a cargo público, também para designar uma **unidade de atribuições**, distinguindo-se uma da outra pelo tipo de vínculo que liga o servidor ao Estado; o ocupante de emprego público tem um vínculo contratual, sob a regência da CLT, enquanto o ocupante do cargo público tem um vínculo estatutário, regido pelo Estatuto dos Funcionários Públicos que, na União, está contido na lei que instituiu o regime jurídico único (Lei nº 8.112/90).

No entanto, ao lado do cargo e do emprego, que têm uma individualidade própria, definida em lei, existem atribuições também exercidas por servidores públicos, mas sem que lhes corresponda um cargo ou emprego. Fala-se, então, em função dando-se-lhe um conceito residual: é o conjunto de atribuições às quais não corresponde um cargo ou emprego.

A **função** abrangia, antes da atual Constituição, pelo menos, duas **modalidades** diversas:

1. a de chefia, assessoramento, direção e tantas outras, remuneradas, normalmente, mediante acréscimos pecuniários ao padrão do funcionário, sob os mais variados títulos, como *pro labore*, representação, gratificação, função gratificada;
2. a exercida, antes da atual Constituição, pelos chamados servidores extranumerários, interinos, temporários e que compõem um **quadro de**

**funções** paralelo ao **quadro de cargos**; normalmente essas funções têm a mesma denominação, remuneração e atribuições dos cargos correspondentes, porém são de livre provimento e exoneração, não conferindo estabilidade àqueles que as exercem; sempre serviram aos propósitos de apadrinhamento próprios da Administração Pública brasileira, em todos os tempos. Era uma forma de atender às exigências do serviço público, criando-se a **função** sem criar-se o **cargo**; com isto contornava-se a exigência constitucional de concurso público para a investidura.

A Constituição de 1967, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69, com a norma do artigo 106, pretendeu restringir a possibilidade de existência desse quadro paralelo, ao prever regime especial apenas para a admissão de servidores em **serviços de caráter temporário** e contratação para funções de natureza técnica especializada. No entanto, no Estado de São Paulo, a norma foi totalmente desvirtuada, mantendo-se, pela Lei nº 500, de 13-11-74, um Quadro de funções para serviços permanentes, paralelo e análogo ao Quadro de cargos.

A Constituição de 1988 restringiu ainda mais, pois, de um lado, previu regime jurídico único no *caput* do artigo 39, depois extinto em decorrência de nova redação dada a esse dispositivo pela Emenda Constitucional nº 19/98. Como o artigo 39, com a nova redação, foi suspenso pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADI 2.135/DF (julgamento pelo Plenário em 2-8-07), volta a aplicar-se a redação original, com a exigência de regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da Administração Pública direta, autarquias e fundações públicas. Embora tenhamos entendido, em edições anteriores, que esse regime pode ser o estatutário ou celetista, reformulamos agora tal entendimento, para defender a tese de que o regime estatutário é que deve ser adotado, tendo em vista que as carreiras típicas de Estado não podem submeter-se a regime celetista, conforme entendeu o Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADI 2.310 (pertinente ao pessoal das agências reguladoras). Ainda que para atividades-meio o regime celetista fosse aceitável, o vínculo de natureza estatutária se impõe em decorrência da exigência de que o regime jurídico seja único.

A título de exceção ao regime jurídico único, a Constituição, no artigo 37, IX, previu, em caráter de excepcionalidade, para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, a possibilidade de **contratação por tempo determinado**. Esses servidores exercerão **funções**, porém, não como integrantes de um quadro permanente, paralelo ao dos cargos públicos, mas em caráter transitório e excepcional.

Portanto, perante a Constituição atual, quando se fala em **função**, tem-se que ter em vista dois tipos de situações:

1. a função exercida por servidores contratados temporariamente com base no artigo 37, IX, para a qual não se exige, necessariamente, concurso pú-

blico, porque, às vezes, a própria urgência da contratação é incompatível com a demora do procedimento; a Lei nº 8.112/90 definia, no artigo 233, § 3º, as hipóteses em que o concurso era dispensado; esse dispositivo foi revogado pela Lei nº 8.745, de 9-12-93, que agora disciplina a matéria, com as alterações posteriores;

2. as funções de natureza permanente, correspondentes a chefia, direção, assessoramento ou outro tipo de atividade para a qual o legislador não crie o cargo respectivo; em geral, são funções de confiança, de livre provimento e exoneração; a elas se refere o art. 37, V, ao determinar, com a redação da Emenda Constitucional nº 19, que “as funções de confiança serão 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”.

Com isso, fica explicada a razão de ter o constituinte, no artigo 37, II, exigido concurso público só para a investidura em cargo ou emprego. Nos casos de função, a exigência não existe porque os que a exercem ou são contratados temporariamente para atender às necessidades emergentes da Administração, ou são ocupantes de funções de confiança, para as quais não se exige concurso público.

A discussão quanto aos dois tipos de função atualmente existentes é de fundamental importância, porque há uma série de normas constitucionais que, ao fazerem referência a cargo, emprego ou função, estão se referindo às funções de confiança e não à função temporária exercida com base no artigo 37, IX. Qualquer outra interpretação seria inaceitável, por não se compatibilizar com a transitoriedade e excepcionalidade dessas contratações.

É o caso do artigo 38, que prevê o afastamento do cargo, emprego ou **função**, para o exercício de mandato; não seria admissível que um servidor contratado temporariamente pudesse afastar-se com essa finalidade. Ainda a norma do artigo 61, § 1º, II, *a*, que exige lei de iniciativa do Executivo para a criação de cargos, **funções** ou empregos públicos; seria totalmente inviável conceber-se a fixação de determinado número de funções para atender a situações eventuais e imprevisíveis.

Cabe também lembrar que o artigo 61, § 1º, inciso II, *a*, da Constituição exige lei de iniciativa do Presidente da República, para a criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração Direta e autárquica ou aumento de sua remuneração. Essa exigência de lei para a criação de função não se aplica no caso do artigo 37, IX, pela impossibilidade de previsão das ocorrências excepcionais que justificarão a medida. As Constituições dos Estados e as Leis Orgânicas dos Municípios, em regra, repetem a mesma exigência de lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo para a criação de cargos, empregos e funções.

## 13.4 NORMAS CONSTITUCIONAIS

### 13.4.1 REGIME JURÍDICO DO SERVIDOR

A Constituição de 1988, em sua redação original, deu especial relevo ao princípio da isonomia; em vários dispositivos revelava-se a preocupação de assegurar a igualdade de direitos e obrigações em diferentes aspectos da relação funcional.

Já o artigo 5º, pertinente aos direitos e deveres individuais e coletivos, assegurava (e continua a assegurar), em dois preceitos diversos, o princípio da isonomia; o *caput* afirma que “**todos são iguais perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à **igualdade**, à segurança e à propriedade”. Depois da dupla referência ao mesmo princípio, o constituinte ainda acrescentou, no inciso I, a norma segundo a qual “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Não bastassem essas normas, que são aplicáveis a todas as esferas do governo, a Constituição especificava, com relação aos servidores públicos, a forma como queria que a **isonomia** fosse observada, em aspectos como o regime jurídico (que deveria ser único para os servidores da Administração Direta, autarquias e fundações públicas), a remuneração (em relação aos servidores em atividade, inativos e pensionistas) e as condições de ingresso.

A Emenda Constitucional nº 19, de 4-6-98, trouxe algumas modificações nessa sistemática, pois excluiu a exigência de regime jurídico único, contida no *caput* do artigo 39, bem como a regra da isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que constava do § 1º do mesmo dispositivo.

Com a exclusão da norma constitucional do regime jurídico único, cada esfera de governo ficou com liberdade para adotar regimes jurídicos diversificados, seja o estatutário, seja o contratual, ressalvadas aquelas carreiras institucionalizadas em que a própria Constituição impõe, implicitamente, o regime estatutário, uma vez que exige que seus integrantes ocupem cargos organizados em carreira (Magistratura, Ministério Público, Tribunal de Contas, Advocacia Pública, Defensoria Pública e Polícia), além de outros cargos efetivos, cujos ocupantes exerçam atribuições que o legislador venha a definir como “**atividades exclusivas de Estado**”, conforme previsto no artigo 247 da Constituição, acrescido pelo artigo 32 da Emenda Constitucional nº 19/98.

Na esfera federal, a Lei nº 8.112, de 11-12-90, alterada pela Lei nº 9.527, de 10-10-97, estabeleceu o regime estatutário como regime jurídico único para os servidores da Administração Direta, autarquias e fundações públicas. A lei continuou a aplicar-se, apenas deixando de ser obrigatória para todas as categorias de servidores, já que a Emenda Constitucional nº 19 acabou com a exigência de uniformidade de regime jurídico. Em outras palavras, o regime estatutário poderá coexistir com o regime contratual.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIn 2.135/DF, decidiu, em sessão plenária do dia 2-8-07, suspender a vigência do artigo 39, *caput*, da Constituição Federal, em sua redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98. Em decorrência dessa decisão, volta a aplicar-se a redação original do artigo 39, que exige regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da Administração Pública Direta, autarquias e fundações públicas.

O fundamento para a decisão foi o fato de que a proposta de alteração do *caput* do artigo 39 não foi aprovada pela maioria qualificada (3/5 dos parlamentares) da Câmara dos Deputados, em primeiro turno, conforme previsto no artigo 60, § 2º, da Constituição. A Ministra Ellen Gracie, ao proclamar o resultado do julgamento, esclareceu que a decisão tem efeito *ex nunc*, vigorando a partir da data da decisão (2-8-07). Voltam, portanto, a ter aplicação as normas legais que dispunham sobre regime jurídico único, editadas na vigência da redação original do artigo 39, sendo respeitadas as situações consolidadas na vigência da redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, até o julgamento do mérito.

Quanto à **isonomia de vencimentos**, embora excluída sua previsão do artigo 39, § 1º, mantém-se, de certa forma, não só em decorrência da norma do artigo 5º, *caput* e inciso I, como de outros dispositivos constitucionais pertinentes aos servidores públicos, em especial o artigo 37, incisos X e XII.

### 13.4.2 DIREITO DE ACESSO AOS CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS

O inciso I do artigo 37, na redação original, assegurava o direito de acesso aos cargos, empregos e funções públicas apenas aos brasileiros que preenchessem os requisitos estabelecidos em lei, o que abrangia os natos e naturalizados, já que a Constituição não faz qualquer distinção.

Sempre se entendeu que a contratação de **estrangeiro** era possível na hipótese do artigo 37, inciso IX, para “atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”. Tanto assim que a Lei nº 8.745, de 9-12-93, que dispõe sobre a contratação de servidor temporário e que foi alterada pela Lei nº 9.849, de 26-10-99, inclui, entre os casos que admitem a contratação com base no referido dispositivo constitucional, o de professor estrangeiro e pesquisador visitante estrangeiro (art. 2º, V).

Um abrandamento à norma do inciso I do artigo 37 surgiu com a Emenda Constitucional nº 11, de 30-4-96, que introduziu dois parágrafos no artigo 207 da Constituição para permitir às universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica a admissão de professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei. Esse dispositivo foi disciplinado, na esfera federal, pela Lei nº 9.515, de 20-11-97, que dispõe sobre admissão de professores, técnicos e cientistas estrangeiros pelas universidades e pelas instituições de pesquisa científica e tecnológica federais. Essa lei introduziu um § 3º no artigo 5º da Lei

nº 8.112/90, estabelecendo que “as universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica federais poderão prover seus cargos com professores, técnicos e cientistas estrangeiros, de acordo com as normas e os procedimentos desta lei”.

Essa lei somente se aplica à esfera federal. Os Estados e Municípios deverão editar suas próprias normas. A Universidade de São Paulo, antes mesmo da alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 11/96, já havia alterado seu estatuto para admitir o ingresso de estrangeiros, nos termos da Resolução nº 3.801, de 5-4-91.

Agora, com a Emenda Constitucional nº 19/98, que dá nova redação ao inciso I do artigo 37, o direito de **acesso** estende-se também aos **estrangeiros**, “na forma da lei”; entende-se que se trata de lei de cada entidade da federação, já que a matéria de servidor público não é reservada à competência privativa da União. O dispositivo não é autoaplicável, dependendo de lei que estabeleça as condições de ingresso do estrangeiro.

### 13.4.3 CONDIÇÕES DE INGRESSO

Nos termos do artigo 37, II, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, “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 exigência de concurso público é feita também para ingresso nas carreiras institucionalizadas pela Constituição: para ingresso na Magistratura, no cargo inicial de juiz substituto, o artigo 93, I, exige concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases; para ingresso na carreira do Ministério Público, o artigo 129, § 3º, faz idêntica exigência; igualmente é exigido concurso público de provas e títulos para ingresso nas classes iniciais da Advocacia-Geral da União (art. 131, § 2º), na carreira de Procurador do Estado (art. 132) e na de Defensor Público (art. 134, § 1º).

Quando a Constituição fala em **concurso público**, ela está exigindo procedimento aberto a todos os interessados,<sup>4</sup> ficando vedados os chamados concursos internos, só abertos a quem já pertence ao quadro de pessoal da Administração Pública. Daí não terem mais fundamento algumas formas de provimento, sem concurso público, previstas na legislação ordinária anterior à Constituição de 1988, como a transposição (ou ascensão) e a readmissão.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> O STF aprovou duas súmulas que evitam restrições infundadas à participação do candidato a concurso público: pela Súmula nº 684, “é inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público”; e pela Súmula nº 686, “só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público”.

<sup>5</sup> V. item 13.5 deste livro, sobre provimento.

Para os cargos em comissão, o artigo 37, II, dispensa o concurso público, o que não significa ser inteiramente livre a escolha dos seus ocupantes, consoante decorre do inciso V do mesmo dispositivo da Constituição. A lei é que definirá os “casos, condições e percentuais mínimos” a serem observados no provimento de cargos em comissão. Além disso, existe a restrição ao nepotismo, prevista na Súmula Vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal: “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.”<sup>6</sup> Viola, com certeza, o princípio da moralidade administrativa previsto no artigo 37, I, da Constituição.

Além dos cargos em comissão, a própria Constituição estabelece outras exceções, como as referentes à nomeação dos membros dos Tribunais (arts. 73, § 2º, 94, 101, 104, parágrafo único, II, 107, 111-A, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/04, 119, II, 120, III, e 123).

Uma dúvida que pode ensejar a norma do artigo 37, II, é sobre a razão de o dispositivo mencionar a exigência de **concurso público** apenas para **cargo** ou **emprego público**, deixando de lado as funções. José Afonso da Silva (2003:659), comentando esse preceito, diz que “deixa a Constituição, porém, uma grave lacuna nessa matéria, ao não exigir nenhuma forma de seleção para admissão às funções (autônomas) referidas no artigo 37, I, ao lado dos cargos e empregos. Admissões a funções autônomas sempre foram fontes de apadrinhamentos, de abusos e de injustiças aos concursados”.

Permitimo-nos discordar do jurista por entendermos que **função**, em paralelo a **cargo** e **emprego**, só existirá para os contratados “por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”, nos termos do artigo 37, IX, e para funções de confiança, de livre provimento e exoneração. Pelo inciso V, na nova redação, essas funções de confiança somente são possíveis nas atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Já na vigência da Constituição anterior, a **admissão** só era possível para serviços temporários, com base em seu artigo 106, e hoje continua apenas nessa hipótese, agora mais restringida pela excepcionalidade do interesse público e pela exigência de **contratação** por tempo determinado. Daí a desnecessidade de concurso, pois somente sendo possível a contratação de servidor temporário para atender à neces-

---

<sup>6</sup> O Decreto nº 7.203, de 4-6-10, dispõe sobre a vedação do nepotismo no âmbito da administração pública federal, abrangendo as nomeações para cargos em comissão, a contratação de servidores temporários (art. 37, IX, da Constituição) e a admissão de estagiários; abrange também trabalhadores em empresas que prestem serviços terceirizados ou em entidades conveniadas com a Administração Pública.

cidade transitória de excepcional interesse público,<sup>7</sup> a demora do procedimento do concurso público pode ser incompatível com as exigências imediatas da Administração, em caso, por exemplo, de epidemia ou outra calamidade pública. É preciso que a lei, ao disciplinar esse tipo de contratação, estabeleça regras que assegurem a excepcionalidade da medida, evitando que se transforme em regra geral, a exemplo do que ocorreu na vigência da Constituição anterior, e determine as hipóteses em que a seleção pública é exigível.<sup>8</sup>

Na esfera federal, a Lei nº 8.745, de 21-5-93, alterada por leis posteriores, indica, no artigo 2º, como casos de excepcional interesse público: I – assistência a situações de calamidade pública; II – assistência a emergência em saúde pública; III – realização de recenseamentos e outras pesquisas de natureza estatística efetuadas pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE); IV – admissão de professor substituto e professor visitante; V – admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro; VI – atividades: (a) especiais nas organizações das Forças Armadas para atender à área industrial ou a encargos temporários de obras e serviços de engenharia; (b) de identificação e demarcação desenvolvidas pela Funai; (c) revogado pela Lei nº 10.667/2003; (d) finalísticas do Hospital das Forças Armadas (julgado inconstitucional pelo STF na ADI 3.237/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 26.3.14); (e) de pesquisa e desenvolvimento de produtos destinados à segurança de sistemas de informações, sob responsabilidade do Centro de Pesquisa e Desenvolvimento para a Segurança das Comunicações – CEPESC; (f) de

<sup>7</sup> O STF, em ação na qual se questionava a constitucionalidade de Medida Provisória que autorizou contratações temporárias para o CADE, entendeu que “o art. 37, IX, da Constituição do Brasil autoriza contratações, sem concurso público, desde que indispensáveis ao atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, quer para o desempenho das atividades de caráter eventual, temporário ou excepcional, quer para o desempenho das atividades de caráter regular e permanente. A alegada inércia da Administração não pode ser punida em detrimento do interesse público, que ocorre quando colocado em risco o princípio da continuidade da atividade estatal” (ADI 3.068, Rel. para o acórdão Min. Eros Grau, julgamento em 24-2-06, DJ de 23-9-05). Em outra ação, o STF decidiu de modo diferente, tendo em vista a natureza do cargo de Defensor Público: “... a Defensoria Pública se revela como instrumento de democratização do acesso às instâncias judiciais, de modo a efetivar o valor constitucional da universalização da justiça (inciso XXXV do art. 5º da CF/88). 2. Por desempenhar, com exclusividade, um mister estatal genuíno e essencial à jurisdição, a Defensoria Pública não convive com a possibilidade de que seus agentes sejam recrutados em caráter precário. 3. A estruturação da Defensoria Pública em cargos de carreira, providos mediante concurso público de provas e títulos, opera como garantia da independência técnica da instituição, a se refletir na boa qualidade da assistência a que fazem jus os estratos mais economicamente débeis da coletividade. 4. Ação direta julgada procedente” (ADI 3.700, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 15-10-08, DJE-043). No mesmo sentido ADI 3386/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, 14-4-11.

<sup>8</sup> O STF entende que as leis que autorizam contratações temporárias não podem fixar hipóteses abrangentes e genéricas, sem especificar a contingência fática que, presente, indicaria a exigência de um estado de emergência. Desta forma, não basta que a lei simplesmente atribua ao Chefe do Executivo interessado na contratação a competência para estabelecer os casos em que a mesma seria possível (ADI 3.430, Relator Min. Ricardo Lewandowski, j. 12-4-09, Plenário, Informativo 555).

vigilância e inspeção, relacionadas à defesa agropecuária, no âmbito do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, para atendimento de situações emergenciais ligadas ao comércio internacional de produtos de origem animal ou vegetal ou de iminente risco à saúde animal, vegetal ou humana; (g) desenvolvidas no âmbito de projetos do Sistema de Vigilância da Amazônia (SIVAM) e do Sistema de Proteção da Amazônia (SIPAM) (julgado inconstitucional pelo STF na citada ADI 3.237/DF); (h) técnicas especializadas, no âmbito de projetos de cooperação com prazo determinado, implementados mediante acordos internacionais, desde que haja, em seu desempenho, subordinação do contratado ao órgão ou entidade pública; (i) técnicas especializadas necessárias à implantação de órgãos ou entidades ou de novas atribuições definidas para organizações existentes ou as decorrentes de aumento transitório no volume de trabalho que não possam ser atendidas mediante a aplicação do art. 74 da Lei nº 8.112, de 22-12-90; (j) técnicas especializadas de tecnologia da informação, de comunicação e de revisão de processos de trabalho, não alcançadas pela alínea *i* e que não se caracterizem como atividades permanentes do órgão ou entidade; (l) didático-pedagógicas em escolas de governo; (m) de assistência à saúde para comunidades indígenas; VII – admissão de professor, pesquisador e tecnólogo substitutos para suprir a falta de professor, pesquisador ou tecnólogo ocupante de cargo efetivo, decorrente de licença para exercer atividade empresarial relativa à inovação; VIII – admissão de pesquisador, nacional ou estrangeiro, para projeto de pesquisa com prazo determinado, em instituição destinada à pesquisa; IX – combate a emergências ambientais, na hipótese de declaração, pelo Ministro de Estado do Meio Ambiente, da existência de emergência ambiental na região específica; X – admissão de professor para suprir demandas decorrentes da expansão das instituições federais de ensino, respeitados os limites e as condições fixadas em ato conjunto dos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Educação; e XI – admissão de professor para suprir demandas excepcionais decorrentes de programas e projetos de aperfeiçoamento de médicos na área de Atenção Básica em Saúde em regiões prioritárias para o Sistema Único de Saúde (SUS), mediante integração ensino-serviço, respeitados os limites e as condições fixados em ato conjunto dos Ministros de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Saúde e da Educação.

Pelo § 1º do artigo 2º, introduzido pela Lei nº 12.425/11, a contratação de professor substituto de que trata o inciso IV do *caput* poderá ocorrer para suprir a falta de professor efetivo em razão de: I – vacância do cargo; afastamento ou licença, na forma do regulamento; ou III – nomeação para ocupar cargo de direção de reitor, vice-reitor, pró-reitor e diretor de *campus*. O número total de professores de que trata o inciso IV não poderá ultrapassar 20% do total de docentes efetivos em exercício na instituição federal de ensino (§ 2º do art. 2º).

Pelo artigo 3º, a contratação do servidor temporário será feita mediante processo seletivo simplificado, prescindindo de concurso público; nos termos do § 1º, em sua atual redação, a contratação para atender às necessidades decorrentes de

calamidade pública, de emergência ambiental ou de emergência em saúde pública prescindirá de processo seletivo; pelo § 2º, a contratação, nos casos do professor referido nos incisos IV e V e nos casos das alíneas *a*, *d*, *e*, *g*, *l* e *m* do inciso VI, e do inciso VIII do *caput* do artigo 2º, poderá ser efetivada à vista de notória capacidade técnica ou científica do profissional, mediante análise do *curriculum vitae*; pelo § 3º, as contratações de pessoal no caso das alíneas *h* e *i* do inciso VI do artigo 2º serão feitas mediante processo seletivo simplificado, observados os critérios e condições estabelecidos pelo Poder Executivo.

O artigo 4º estabelece os prazos de contratação, sendo admitida a prorrogação nas hipóteses expressamente mencionadas no parágrafo único do mesmo dispositivo. Por sua vez, o artigo 9º, III, combinado com o artigo 5º, estabelece que o pessoal contratado temporariamente não pode ser novamente contratado, com fundamento na Lei nº 8.745/93, salvo nas hipóteses dos incisos I e IX do artigo 2º, mediante prévia autorização do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Ministro de Estado sob cuja supervisão se encontrar o órgão ou entidade contratante, conforme estabelecido em regulamento.

Estados e Municípios que queiram contratar servidores temporários com base no artigo 37, IX, têm que estabelecer, por suas próprias leis, as hipóteses em que essa contratação é possível e o regime jurídico em que a mesma se dará.

Com relação às *funções de confiança*, também não se justifica o concurso público, apenas exigindo a Constituição, no artigo 37, V, que sejam exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo e que se limitem às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Essa exigência, que decorre de alteração introduzida nesse inciso pela Emenda Constitucional nº 19, impede que pessoas estranhas aos quadros do funcionalismo sejam admitidas para funções de confiança. Do mesmo modo, não se justifica o concurso para os cargos em comissão, tendo em vista a ressalva contida na parte final do inciso II, e a norma do inciso V, que, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, exige apenas que os mesmos sejam preenchidos “por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei”. Isto significa que a lei que vier a disciplinar esse dispositivo deverá assegurar que um mínimo de cargos em comissão seja ocupado por servidores de carreira.

O artigo 37, V, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, faz exigências referentes ao exercício de funções de confiança e cargos em comissão: “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”.

Vale dizer que as duas hipóteses limitam-se às atribuições de direção, chefia e assessoramento, sendo inconstitucionais quaisquer normas que criem funções de confiança ou cargos em comissão para o exercício de outro tipo de atribuição. Além disso, as funções de confiança somente podem ser exercidas por pessoas que já componham o quadro de pessoal, como ocupantes de cargo efetivo. E os cargos em

comissão sofrem menor restrição, porque o preenchimento por servidor de carreira somente é exigido nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei.<sup>9</sup>

A Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 88, de 8-9-09, determinou que, para o Poder Judiciário dos Estados que ainda não regulamentaram os incisos IV e V do artigo 37 da Constituição Federal, pelo menos 50% dos cargos em comissão deverão ser destinados a servidores das carreiras judiciárias, cabendo aos Tribunais de Justiça encaminharem projetos de lei de regulamentação da matéria, com observância desse percentual (art. 2º, § 2º). Se a medida, de um lado, possui caráter moralizador, de outro, desatende à exigência de lei para a fixação do percentual dessa reserva.

Ainda no que diz respeito ao ingresso, o artigo 37, inciso III, fixa o **prazo de validade de dois anos para validade do concurso**, prorrogável uma vez, por igual período; a prorrogação fica a critério da Administração, inexistindo, para os candidatos aprovados, direito subjetivo a essa prorrogação.

Nos termos do inciso 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 o cargo ou emprego na carreira”. Essa norma significa que, enquanto houver candidatos aprovados em concurso e este estiver dentro do prazo de validade fixado no edital, eles terão prioridade para a nomeação, ainda que a Administração tenha feito outro concurso, também com candidatos habilitados.<sup>10</sup>

Durante muito tempo a jurisprudência adotou, predominantemente, o entendimento de que “não há direito adquirido à nomeação de candidato aprovado em

<sup>9</sup> A respeito dos *cargos em comissão*, duas decisões do STF merecem relevo, sendo que em ambas é destacada a importância da obediência ao artigo 37, V, da Constituição. Na primeira, ficou decidido que “os cargos em comissão criados pela Lei nº 1.939/1998, do Estado de Mato Grosso do Sul, possuem atribuições meramente técnicas e que, portanto, não possuem o caráter de assessoramento, chefia ou direção exigido para tais cargos, nos termos do art. 37, V, da Constituição Federal”. A ação foi julgada procedente (ADI 3.706, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 5-10-07). Na segunda ação, o STF decidiu que “cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local” (RE 365.368-AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 22-5-07, DJ 29-9-07). Na ADI 3.602, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, j. em 14-4-11, DJe-108, foi decidido que “é inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico [...]”.

<sup>10</sup> O Supremo Tribunal Federal já entendeu que “o princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. Exsurge configurador de desvio de poder, ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade” (RE 192.568/PI, 2ª Turma, Relator Min. Marco Aurélio, DJ 13-9-96, p. 33.241).

concurso público”. Esse entendimento vem sendo, em boa hora, relativizado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.<sup>11</sup> Se o Poder Público realiza o concurso, que é um procedimento oneroso, é porque necessita de pessoal para preenchimento dos cargos vagos. Não tem sentido e contraria o princípio da razoabilidade o Poder Público deixar de nomear os candidatos aprovados em consonância com o edital. Menos justificável ainda é a hipótese cogitada no inciso IV do artigo 37 da Constituição, em que a Administração Pública inicia outro concurso público quando existem candidatos habilitados em concurso anterior.

Para as pessoas portadoras de deficiência, o inciso VIII determina que a lei lhes reserve percentual dos cargos e empregos públicos e defina os critérios de sua admissão. O dispositivo não é autoaplicável, cabendo aos interessados adotar as medidas judiciais cabíveis em caso de omissão do Poder Público na promulgação da lei (inconstitucionalidade por omissão).

Os procedimentos relativos à reserva de vagas para os portadores de deficiência foram disciplinados pelos artigos 37 e seguintes do Decreto nº 3.298, de 20-12-99, que regulamenta a Lei nº 7.853, de 24-10-89 (que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência e consolida as normas de proteção). Nos termos do artigo 37, “fica assegurado às pessoas portadoras de deficiência o direito de se inscrever em concurso público em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador”. O § 1º do mesmo dispositivo determina que “o candidato portador de deficiência, em razão de necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida”. Estados e Municípios que não tenham norma sobre a matéria estão sujeitos à observância do mínimo fixado pelo Decreto nº 3.398/99, que constitui norma de âmbito nacional.

No âmbito federal, a Lei nº 8.112, de 11-12-90, assegura, no § 2º do artigo 5º, aos portadores de deficiência até 20% das vagas oferecidas no concurso.

Com relação aos concursos para ingresso na magistratura, o artigo 73 da Resolução nº 75/09, do Conselho Nacional de Justiça, determina que “as pessoas com deficiência que declararem tal condição, no momento da inscrição preliminar, terão reservados, no mínimo 5% (cinco por cento) do total das vagas, vedado o arredondamento superior”. Pelo § 2º do mesmo dispositivo, a avaliação sobre compatibilidade

---

<sup>11</sup> Decidindo pelo direito à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso, decisões do STF, in RE 227480/RJ, rel. Min. Menezes Direito, rel. para o acórdão Min. Cármen Lúcia, *DJe* de 14-9-09. No mesmo sentido, decisões do STJ in RMS nº 20.718/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, j. em 4-12-07, com citação de precedentes; RMS 25501, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJe* 14-9-09; em outro acórdão, in RMS 32.105-DF, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJe* de 30-8-10, o STJ vai além para admitir o direito à nomeação, mesmo fora do número de vagas previstas no edital, se a Administração manifesta, por ato inequívoco, a necessidade de novas vagas.

da deficiência com a função judicante é empreendida durante o estágio probatório a que se submete o candidato aprovado no certame.

Também no que se refere ao ingresso, aplica-se aos servidores públicos a regra do artigo 7º, XXX, da Constituição, conforme determina o artigo 39, § 3º, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19. De acordo com aquele dispositivo, são vedadas diferenças de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Contudo, o artigo 39, § 3º, na parte final, permite que a lei estabeleça requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. Trata-se de aplicação do princípio da razoabilidade (v. item 3.3.12).

Embora o objetivo do constituinte seja o de proibir o limite de idade e outros tipos de discriminação, a proibição não pode ser interpretada de modo absoluto; primeiro, porque o artigo 37, I, deixa para a lei ordinária a fixação dos requisitos de acesso aos cargos, empregos e funções; segundo, porque, para determinados tipos de cargo, seria inconcebível a inexistência de uma limitação, quer em relação a sexo, quer em relação a idade. Não se poderia conceber que, para o cargo de guarda de presídio masculino, fossem admitidas candidatas do sexo feminino, ou que para certos cargos policiais fossem aceitas pessoas de idade mais avançada. Como diz Celso Antônio Bandeira de Mello (1978: 24), “as discriminações são recebidas como **compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica** entre a peculiaridade diferencial acolhida, por **residente no objeto**, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida”. E acrescenta que, “por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas”.

Nesse sentido, a Súmula nº 683, do STF, estabelece que “o limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”.

Cabe ao legislador, portanto, estabelecer critérios para admissão com obediência ao princípio da isonomia, só estabelecendo exigências específicas quando necessária em razão das atribuições a serem exercidas.<sup>12</sup> A Constituição paulista de 1989 veda, no artigo 115, XXVII, a estipulação de limite de idade para ingresso, por concurso, na Administração Direta e Indireta. O dispositivo deve ser interpretado de tal forma que se coadune com a redação do artigo 39, § 3º, da Constituição Federal, para admitir a exigência aparentemente discriminatória quando o tipo de cargo o exigir.

Cabe, ainda, assinalar que o ingresso de servidor com inobservância das normas legais pertinentes dá margem a ação popular, nos termos do artigo 4º, I, da Lei nº 4.717, de 29-6-65.

---

<sup>12</sup> Pela Súmula Vinculante nº 44, “só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público”.

### 13.4.4 SISTEMA REMUNERATÓRIO DOS SERVIDORES PÚBLICOS

A Emenda Constitucional nº 19/98 trouxe modificações significativas no sistema remuneratório dos servidores públicos. Além de excluir do artigo 39 o princípio da isonomia de vencimentos, introduziu, ao lado do atual regime, o regime de subsídios para determinadas categorias de agentes públicos.

A Constituição de 1988, seguindo a tradição das Constituições anteriores, fala ora em remuneração, ora em vencimentos para referir-se à contribuição pecuniária paga aos servidores públicos pelas entidades da Administração Pública direta ou indireta. A legislação infraconstitucional incumbe-se de dar o conceito legal.

A regra que tem prevalecido, em todos os níveis de governo, é a de que os estímulos dos servidores públicos compõem-se de uma parte fixa, representada pelo padrão fixado em lei, e uma parte que varia de um servidor para outro, em função de condições especiais de prestação do serviço, em razão do tempo de serviço e outras circunstâncias previstas nos estatutos funcionais e que são denominadas, genericamente, de vantagens pecuniárias; elas compreendem, basicamente, adicionais, gratificações e verbas indenizatórias.

A mesma sistemática tem sido adotada para os membros da Magistratura, Ministério Público e Tribunal de Contas. Para o Chefe do Executivo e para os Parlamentares, a Constituição falava em remuneração nos artigos 27, §§ 1º e 2º, 29, incisos V, VI e VII, e 49, incisos VII e VIII.

A Constituição de 1988, em sua redação original, não falava em **subsídios** para nenhuma categoria de agente público, seja para os agentes políticos, seja para os servidores públicos.

Na Constituição anterior, de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69, o subsídio era previsto nos artigos 33 e 44, inciso VII, para Deputados, Senadores e Presidente da República.

Segundo o artigo 33, “o subsídio, dividido em parte fixa e parte variável, e a ajuda de custo de Deputados e Senadores serão iguais e estabelecidos no fim de cada legislatura para a subsequente”.

Pelo § 1º, a ajuda de custo tinha caráter indenizatório de despesas com transporte e outras imprescindíveis para o comparecimento à sessão legislativa. Quanto ao subsídio, a parte variável, consoante norma do § 3º, somente era paga em caso de efetivo comparecimento do congressista e participação nas votações. O mesmo sistema era adotado para os Vereadores, pela Lei Complementar nº 25/75 e, para os Deputados Estaduais, pelo artigo 15 da Constituição do Estado de São Paulo de 1967.

Abandonada a expressão **subsídio** na Constituição de 1988, volta a ser prevista na Emenda Constitucional nº 19, porém apenas para algumas categorias de agentes públicos. Com isso, passaram a coexistir dois sistemas remuneratórios para os servidores: o tradicional, em que a remuneração compreende uma parte fixa e uma variável, composta por vantagens pecuniárias de variada natureza, e o novo,

em que a retribuição corresponde ao subsídio, constituído por **parcela única**, que exclui a possibilidade de percepção de vantagens pecuniárias variáveis. O primeiro sistema é chamado, pela Emenda, de **remuneração ou vencimento** e, o segundo, de **subsídio**.

#### 13.4.4.1 NORMAS CONSTITUCIONAIS PERTINENTES À REMUNERAÇÃO OU VENCIMENTO

Já foi visto que a Emenda Constitucional nº 19 excluiu do artigo 39, § 1º, a regra que assegurava isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou semelhantes do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Isto, contudo, não impedirá que os servidores pleiteiem o direito à isonomia, com fundamento no artigo 5º, *caput* e inciso I.

Além disso, mantém-se a norma do artigo 37, inciso XII, segundo a qual “os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo”. É a antiga regra da paridade de vencimentos, que vem do artigo 98 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69, sempre interpretada no sentido de igualdade de remuneração para os servidores dos três Poderes. Entende-se que a aplicação dessa igualdade tem que ser assegurada por lei, já que não decorre diretamente da Constituição.<sup>13</sup>

Outra norma que reforça a ideia de isonomia é a do inciso X do artigo 37 que, com redação alterada pela Emenda nº 19/98, exige a revisão anual da remuneração, sempre na mesma data e sem distinção de índices.

A **isonomia** era assegurada também aos **inativos** e aos **pensionistas** (dependentes do servidor falecido), como se constatava pelo § 8º do artigo 40, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98. O dispositivo exigia revisão dos proventos de aposentadoria e pensão, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificasse a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se desse a aposentadoria.

Em relação aos pensionistas, o tratamento isonômico ainda decorria do § 7º do artigo 40, acrescentado pela mesma Emenda, em cujos termos “*lei disporá sobre a concessão do benefício da pensão por morte, que será igual ao valor dos proventos do*

<sup>13</sup> O STF adotou o entendimento de que “o que o inciso XII, artigo 37, da Constituição cria um limite, não uma relação de igualdade. Ora, esse limite reclama, para implementar-se, intervenção legislativa uma vez que já não havendo paridade, antes do advento da Constituição, nem estando, desse modo, contidos os vencimentos, somente por redução dos que são superiores aos pagos pelo Executivo, seria alcançável a parificação prescrita” (ADI 603-7, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 6-10-06).

*servidor falecido ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento, observado o disposto no § 3º*”.

Pela Emenda Constitucional nº 41, de 19-12-03, os §§ 7º e 8º foram alterados. Com relação aos inativos, o § 8º apenas assegura “o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei”. Vale dizer que não se mantém a isonomia ou paridade com os servidores em atividade. E, para os pensionistas, o § 7º assegura benefício correspondente ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido ou da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite estabelecido para o regime geral de previdência social de que trata o artigo 201, acrescido de 70% da parcela excedente a este limite. Vale dizer que não se mantém a isonomia ou paridade dos proventos e da pensão com os vencimentos ou subsídios dos servidores em atividade.

No entanto, o artigo 7º da mesma Emenda manteve a isonomia ou paridade, nos mesmos termos em que era assegurada pelos §§ 7º e 8º, na redação anterior, para os servidores já aposentados e os pensionistas que já recebiam a pensão na data da publicação da Emenda, bem como para os servidores e seus dependentes que, na mesma data, já tinham cumprido os requisitos para concessão dos benefícios, conforme previsto no artigo 3º. A Emenda Constitucional nº 47/05 estende o mesmo benefício aos que ingressaram no serviço público até 16-12-98 (data da entrada em vigor da Emenda nº 20/98) e que tenham cumprido os requisitos previstos no artigo 6º da Emenda Constitucional nº 41/03 ou no artigo 3º da Emenda Constitucional nº 47/05.

Com relação à fixação e alteração da remuneração dos servidores públicos, só pode ser feita por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, conforme artigo 37, inciso X, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98.<sup>14</sup> A iniciativa das leis é repartida entre o Chefe do Executivo (art. 61, § 1º, II, *a*), Tribunais (art. 96, II, *b*), Ministério Público (art. 127, § 2º) e Tribunal de Contas (art. 73, combinado com o art. 96). Cada um desses órgãos remete ao Legislativo projeto de lei, seja de criação de cargos, seja de fixação de vencimentos de seus servidores, devendo todos observar os limites estabelecidos para os servidores do Executivo (art. 37, XII).<sup>15</sup>

O inciso XIII do artigo 37, com a nova redação dada pela Emenda nº 19, veda a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público. O que se visa impedir, com esse dispositivo, são os reajustes automáticos de vencimentos, o que ocorreria se, para

<sup>14</sup> Conforme Súmula 339, do STF, “não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia”. Essa súmula foi aprovada como **vinculante** em 16-10-14, sob número 37, com a mesma redação da Súmula 339

<sup>15</sup> A Súmula nº 682, do STF, fixou o entendimento de que “não ofende a Constituição a correção monetária ao pagamento com atraso dos vencimentos de servidores públicos”. Com efeito, embora os vencimentos, subsídios e proventos sejam fixados em lei (arts. 37, X, e 40, § 3º, da Constituição), a correção monetária não altera o valor fixado em lei, já que se constitui em acréscimo só justificável para atualizar monetariamente os valores pagos em atraso.

fins de remuneração, um cargo ficasse vinculado ao outro, de modo que qualquer acréscimo concedido a um beneficiária a ambos automaticamente; isso também ocorreria se os reajustes de salários fossem vinculados a determinados índices, como o de aumento do salário mínimo, o de aumento da arrecadação, o de títulos da dívida pública ou qualquer outro.

Não é por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, na Súmula nº 681, definiu que “é inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimento de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária”. Posteriormente, pela Súmula Vinculante nº 42, o Supremo Tribunal Federal repetiu o mesmo entendimento que já constava da Súmula nº 681, agora em caráter vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, nos termos do artigo 103-A da Constituição. Também pela mesma razão o Supremo Tribunal Federal aprovou a Súmula Vinculante nº 4, segundo a qual “salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial”.

A justificativa para a proibição é clara, pois a Administração Pública, para pagar seus servidores, além de depender da existência de recursos orçamentários, sofre limitações, em especial a do artigo 169, em conformidade com a qual “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”.

Esse limite está contido na Lei Complementar nº 101, de 4-5-00 (Lei de Responsabilidade Fiscal), sendo, para a União, de 50% da receita corrente líquida, e, para Estados e Municípios, 60%. Sobre a matéria, escrevemos comentário em obra coletiva coordenada por Ives Gandra da Silva Martins e Carlos Valder do Nascimento (Di Pietro, 2001c:128-180).

Outra limitação com a qual poderia conflitar também o reajuste automático de vencimentos é a contida no § 1º do artigo 169, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, em cujos termos, “a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da Administração Direta ou Indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, só poderão ser feitas:

- I – se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;
- II – se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.”

O inciso XIV do artigo 37, também alterado pela Emenda Constitucional nº 19, estabelece outra limitação ao Poder Público, em termos de remuneração dos servidores públicos, ao determinar que “os acréscimos pecuniários percebidos por

servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores”. Pela redação original, esses cálculos cumulativos somente eram vedados quando se tratasse de acréscimos pecuniários pagos “sob o mesmo título ou idêntico fundamento”, tal como ocorria com os adicionais por tempo de serviço. Pela nova redação, o cálculo cumulativo de uma vantagem sobre outra é vedado, qualquer que seja o título ou fundamento sob os quais sejam pagas. A regra é tão rigorosa que, no dispositivo que assegura a irredutibilidade de vencimentos (art. 37, XV), foi feita ressalva quanto ao artigo 37, inciso XIV. Isto significa que o legislador não pretende respeitar formas de cálculo feitas ao abrigo da redação original da Constituição, atingindo, portanto, direitos previamente adquiridos, com ofensa ao artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição.

#### 13.4.4.2 REGIME DE SUBSÍDIOS

O vocábulo **subsídio** tinha sido abandonado na Constituição de 1988 como forma de designar a remuneração dos agentes políticos, mas volta com a chamada Emenda da Reforma Administrativa (Emenda Constitucional nº 19/98), o que é lamentável, sob o ponto de vista terminológico.

Com efeito, ensinava José Afonso da Silva, em seu *Curso de direito constitucional positivo* (edição de 1989, p. 461-462) que a Constituição de 1988, ao suprimir o vocábulo, “rompeu com a tradição dos **subsídios** divididos em parte fixa e parte variável, e também não menciona **ajuda de custo** (...) Abandonando o termo **subsídio**, dá-se nova feição aos estipêndios parlamentares. **Subsídio**, de fato guardava certo resquício de sua antiga natureza, de mero auxílio, sem caráter remuneratório, pelos serviços prestados no exercício do mandato, mero achego com o fim e a natureza de adjutório, de subvenção, pelo exercício da função pública relevante. Mas, como já advertíamos nas edições anteriores desta obra, hodiernamente, assumiu caráter remuneratório, dado que o eleito deve manter-se, a si e a sua família, com a quantia que se lhe paga a título de subsídio, enquanto exerce o mandato. Foi correta, portanto, a mudança terminológica, de modo que o estipêndio assume, de vez, o sentido de pagamento por um serviço prestado”.

A volta do vocábulo **subsídio** significa, portanto, um retrocesso do ponto de vista terminológico. Em dicionário latim-português, a palavra *subsidium* designa tropa auxiliar, gente que vem em socorro, e também significa ajuda, socorro. Não é com essa conotação que o servidor público quer ver interpretada a importância que recebe como forma de retribuição do serviço que presta.

No entanto, apesar do sentido original do vocábulo, é evidente que ele vem, mais uma vez, substituir, **para algumas categorias de agentes públicos**, a palavra *remuneração* ou *vencimento*, para designar a importância paga, em parcela única, pelo Estado a determinadas categorias de agentes públicos, como retribuição pelo serviço prestado. Em consequência, não tem a natureza de ajuda, socorro, auxílio, mas possui caráter retributivo e alimentar.

Contudo, o regime de subsídios vem sendo implantado muito lentamente, em especial nos âmbitos estadual e municipal, de modo que a inovação permanece, em grande parte, no nível constitucional, com aplicação limitada a algumas categorias de agentes políticos.

O dispositivo básico para se entender a ideia de subsídio é o § 4º do artigo 39, introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/98, que o prevê como “parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no artigo 37, X e XI”.

Ao falar em **parcela única**, fica clara a intenção de vedar a fixação dos subsídios em duas partes, uma fixa e outra variável, tal como ocorria com os agentes políticos na vigência da Constituição de 1967. E, ao vedar expressamente o **acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória**, também fica clara a intenção de extinguir, para as mesmas categorias de agentes públicos, o sistema remuneratório que vem vigorando tradicionalmente na Administração Pública e que compreende o padrão fixado em lei mais as vantagens pecuniárias de variada natureza previstas na legislação estatutária.

Com isso, ficam derogadas, para os agentes que percebam subsídios, todas as normas legais que prevejam vantagens pecuniárias como parte da remuneração.

Em consequência, também, para remunerar de forma diferenciada os ocupantes de cargos de chefia, direção, assessoramento e os cargos em comissão, terá a lei que fixar, para cada qual, um subsídio composto de parcela única. O mesmo se diga com relação aos vários níveis de cada carreira abrangida pelo sistema de subsídio.

No entanto, embora o dispositivo fale em **parcela única**, a intenção do legislador fica parcialmente frustrada em decorrência de outros dispositivos da própria Constituição, que não foram atingidos pela Emenda. Com efeito, mantém-se, no artigo 39, § 3º, a norma que manda aplicar aos ocupantes de cargo público o disposto no artigo 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX. Com isto, o servidor que ocupe cargo público (o que exclui os que exercem mandato eletivo e os que ocupam emprego público, já abrangidos pelo artigo 7º) fará jus a: décimo terceiro salário, adicional noturno, salário-família, remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, a 50% à do normal, adicional de férias, licença à gestante, sem prejuízo do emprego e salário, com a duração de cento e vinte dias.

Poder-se-ia argumentar que o § 4º do artigo 39 exclui essas vantagens ao falar em **parcela única**; ocorre que o § 3º refere-se genericamente aos **ocupantes de cargo público**, sem fazer qualquer distinção quanto ao regime de retribuição pecuniária. Quando há duas normas constitucionais aparentemente contraditórias, tem-se que adotar interpretação conciliatória, para tirar de cada uma delas o máximo de aplicação possível. No caso, tem-se que conciliar os §§ 3º e 4º do artigo 39, de modo a entender que, embora o segundo fale em parcela única, isto não impede a aplicação do outro, que assegura o direito a determinadas vantagens, portanto, igualmente com fundamento constitucional.

Também não podem deixar de ser pagas as vantagens que têm caráter indenizatório, já que se trata de compensar o servidor por despesas efetuadas no exercício do cargo; é o caso das diárias e das ajudas de custo. Não se pode pretender que o servidor que faça gastos indispensáveis ao exercício de suas atribuições não receba a devida compensação pecuniária. Trata-se de aplicação pura e simples de um princípio geral de direito que impõe a quem quer que cause prejuízo a outrem o dever de indenizar.

#### 13.4.4.2.1 AGENTES PÚBLICOS EM REGIME DE SUBSÍDIO

É curioso que a Emenda Constitucional nº 19 tenha inserido, em sessão específica dos servidores públicos, normas que abrangem outras categorias de agentes públicos, inclusive agentes políticos. E isto ocorreu exatamente na matéria atinente aos subsídios.

Serão **obrigatoriamente** remunerados por subsídios:

- a) todos os agentes públicos mencionados no artigo 39, § 4º, a saber: **membro de Poder** (o que compreende os membros do Legislativo, Executivo e Judiciário da União, Estados e Municípios), o **detentor de mandato eletivo** (já alcançado pela expressão **membro de Poder**), Ministros de Estado e Secretários Estaduais e Municipais;
- b) os **membros do Ministério Público** (art. 128, § 5º, I, c, com a redação da Emenda nº 19);
- c) os integrantes da **Advocacia-Geral da União**, os **Procuradores dos Estados e do Distrito Federal** e os **Defensores Públicos** (art. 135, com a redação da Emenda nº 19);
- d) os **Ministros do Tribunal de Contas da União** (art. 73, § 3º);
- e) os servidores públicos policiais (art. 144, § 9º, na redação da Emenda nº 19).

Além desses, poderão, **facultativamente** ser remunerados mediante subsídios os servidores públicos organizados em carreira, conforme previsto no artigo 39, § 8º, o que constituirá opção para o legislador de cada uma das esferas de governo.

#### 13.4.4.2.2 COMPETÊNCIA PARA FIXAÇÃO E ALTERAÇÃO DOS SUBSÍDIOS

Uma primeira observação a ser feita é no sentido de que a substituição do atual regime remuneratório pelo sistema de subsídios não decorre diretamente da Constituição, pois depende de lei, conforme está expresso em vários dispositivos.

Os subsídios dos Deputados Estaduais, do Governador, do Vice-Governador e dos Secretários de Estado serão fixados por lei de iniciativa da Assembleia Legisla-

tiva, conforme artigos 27, § 2º, e 28, § 2º, da Constituição, alterados pela Emenda Constitucional nº 19. Os de Prefeito, Vice-Prefeito, Secretários Municipais e Vereadores serão fixados por lei de iniciativa da Câmara Municipal, conforme artigo 29, incisos V e VI.

Para os Deputados Federais, Senadores, Presidente e Vice-Presidente da República e Ministros de Estado, a fixação dos subsídios não se faz por lei, por ter sido prevista no artigo 49 entre as competências exclusivas do Congresso Nacional, portanto, sem sanção do Chefe do Poder Executivo. É de se presumir que os membros dos três Poderes receberão igual subsídio.

Com relação aos membros da Magistratura, o artigo 48, inciso XV, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/03, atribui ao Congresso Nacional, com sanção do Presidente da República, competência para “fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º; 150, II; 153, III; e 153, § 2º, I”.

Para os Ministros dos Tribunais Superiores, a própria Constituição, no artigo 93, inciso V, estabelece o montante dos subsídios em 95% do subsídio mensal fixado para os Ministros do STF; para os demais magistrados, a fixação será feita em lei, observado um escalonamento, em níveis federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a 10% ou inferior a 5%, nem exceder a 95% do subsídio mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores. Para os Desembargadores dos Tribunais de Justiça, os subsídios ficam limitados a 90,25% do subsídio, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 37, XI). A lei, no caso, é de iniciativa dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça (art. 96, inciso II, *b*), cada qual para os respectivos membros.

Quanto aos demais servidores, o artigo 37, inciso X, estabelece que os subsídios somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso. Mantêm-se inalterados os dispositivos da Constituição que definem a competência para iniciar os projetos de leis referentes à remuneração dos servidores. Ou seja, continua repartida entre o Chefe do Executivo (art. 61, § 1º, II, *a*), Tribunais (art. 96, II, *b*), Ministério Público (art. 127, § 2º) e Tribunal de Contas (art. 73, combinado com art. 96). Cada um desses órgãos remete ao Legislativo projeto de lei, seja de criação de cargos, seja de fixação de vencimentos dos seus servidores, devendo todos respeitar os limites estabelecidos para os servidores do Executivo, já que o artigo 37, XII, não foi alterado.

Vale dizer que os subsídios de todos os agentes públicos serão fixados por lei, ressalvadas as hipóteses dos Deputados Federais e Senadores, do Presidente e Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado, em que a competência é exclusiva do Congresso Nacional.

Quanto à **alteração** dos subsídios, também somente poderá ser feita por lei, observadas as mesmas regras quanto à iniciativa legislativa e observada também a norma do artigo 169, § 1º, I, que exige, para a concessão de qualquer vantagem ou

aumento de remuneração, prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes.

#### 13.4.4.2.3 SUBSÍDIOS PARA OS SERVIDORES ORGANIZADOS EM CARREIRA

A Emenda nº 19 não repete a norma do artigo 39, que previa o regime jurídico único e a instituição de planos de carreira para os servidores da Administração Direta, autarquias e fundações públicas. No entanto, conforme exposto no item 13.4, o STF, na ADIn 2.135/DF, suspendeu a vigência do artigo 39, *caput*, com a redação dada pela Emenda nº 19, voltando a aplicar-se a redação original do dispositivo, com a exigência de organização em carreira.

O artigo 39, § 1º, I, na nova redação, estabelece que a fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará, entre outras exigências, “a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada **carreira**”.

Por sua vez, o § 2º do mesmo dispositivo fala em “**promoção na carreira**”, ao exigir que a União, os Estados e o Distrito Federal mantenham escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo a participação nos cursos um dos requisitos para a **promoção na carreira**.

Além disso, a própria Constituição, em outros dispositivos, prevê a organização em carreira dos membros da Magistratura (art. 93), do Ministério Público (art. 128, § 1º), da Advocacia-Geral da União (art. 131, § 2º), dos Procuradores do Estado (art. 132), da Defensoria Pública (art. 134, parágrafo único).

Por outras palavras, não há nada na Constituição, em sua redação original ou na Emenda, que impeça a organização em carreira dos servidores em regime de subsídios. Pelo contrário, o artigo 39, § 8º, expressamente estabelece que “a remuneração dos servidores públicos organizados em carreira poderá ser fixada nos termos do § 4º”.

Como a organização em carreira implica o escalonamento dos cargos em níveis crescentes de responsabilidade e complexidade ou de antiguidade, é evidente que a remuneração correspondente a cada nível também sobe, à medida que o servidor é promovido de um nível a outro; se assim não fosse, não teria sentido prever-se a organização em carreira nem a promoção. Em consequência, os subsídios terão que ser fixados em valores diferentes para cada nível da carreira, observada a exigência de parcela única. Não se pode, para diferenciar um nível do outro, conceder acréscimos pecuniários que constituam exceção à regra do subsídio como parcela única.

#### 13.4.4.3 NORMAS COMUNS À REMUNERAÇÃO E AOS SUBSÍDIOS

Algumas normas constitucionais são comuns aos regimes de remuneração e de subsídio.

#### 13.4.4.3.1 FIXAÇÃO E ALTERAÇÃO DA REMUNERAÇÃO E DO SUBSÍDIO

Pelo inciso X do artigo 37, alterado pela Emenda nº 19, “a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do artigo 39 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”.<sup>16</sup>

As inovações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 19 no inciso X foram: a expressa referência à necessidade de lei específica para a fixação ou alteração da remuneração e dos subsídios, bem como a previsão da revisão anual como direito do servidor.

A primeira adaptação do sistema de remuneração para o de subsídio dependerá da “lei específica” a que se refere o inciso X, respeitada a iniciativa privativa em cada caso. Do mesmo modo, a **alteração** dos subsídios também somente poderá ser feita por lei, observadas as mesmas regras quanto à iniciativa legislativa e observada também a norma do artigo 169, § 1º, I, que exige, para a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes.

Pelo artigo 39, § 1º, da Constituição, “a fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará: I – a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira; II – os requisitos para a investidura; III – as peculiaridades dos cargos”.

Os servidores passam a fazer jus à revisão geral anual, para todos na mesma data e sem distinção de índices (estas últimas exigências a serem observadas em cada esfera de governo). A revisão anual, presume-se que tenha por objetivo atualizar as remunerações de modo a acompanhar a evolução do poder aquisitivo da moeda; se assim não fosse, não haveria razão para tornar obrigatória a sua concessão anual, no mesmo índice e na mesma data para todos. Essa revisão anual constitui **direito** dos servidores, o que não impede revisões outras, feitas com o objetivo de reestruturar ou conceder melhorias a carreiras determinadas, por outras razões que não a de atualização do poder aquisitivo dos vencimentos e subsídios.

Essa revisão não pode ser impedida pelo fato de estar o ente político no limite de despesa de pessoal previsto no artigo 169 da Constituição Federal. Em primeiro lugar, porque seria inaceitável que a aplicação de uma norma constitucional tivesse o condão de transformar outra, de igual nível, em letra morta. Em segundo lugar,

<sup>16</sup> Pela redação original do inciso X do artigo 37, o dispositivo exigia que o reajuste alcançasse servidores civis e militares. Por isso, reajuste concedido apenas aos militares foi pleiteado judicialmente por servidores civis, que obtiveram ganho de causa. Daí a Súmula Vinculante nº 51, do STF, determinar que “o reajuste de 28,86%, concedido aos servidores militares pelas Leis 8.622/1993 e 8.627/1993, estende-se aos servidores civis do Poder Executivo, observadas as eventuais compensações decorrentes dos reajustes diferenciados concedidos pelos mesmos diplomas legais”. Com a Emenda Constitucional nº 18/98, o inciso X do art. 37 deixou de fazer menção aos militares, não mais se aplicando a isonomia de vencimentos prevista na redação original.

porque a própria Lei de Responsabilidade Fiscal, em pelo menos duas normas, prevê a revisão anual como exceção ao cumprimento do limite de despesa: artigo 22, parágrafo único, I, e artigo 71.

Contudo, a Lei nº 10.331, de 18-12-01, que regulamenta o inciso X do artigo 37 da Constituição no âmbito da União (abrangendo remuneração e subsídios dos servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, das autarquias e das fundações públicas), estabelece as condições a serem observadas para a revisão geral, dentre elas o atendimento aos limites para despesa com pessoal de que tratam o artigo 169 da Constituição e a Lei Complementar nº 101, de 4-5-00.

#### 13.4.4.3.2 TETO DAS REMUNERAÇÕES E SUBSÍDIOS

Desde a entrada em vigor da Constituição de 1988 existe a preocupação de estabelecer um teto para a remuneração dos servidores públicos. A primeira norma nesse sentido veio no artigo 37, XI, da Constituição.

Esse dispositivo, na redação original, estabelecia tetos diferenciados para os três níveis de governo e para os três Poderes, salvo no âmbito municipal, em que o teto era representado pela remuneração do Prefeito. Além disso, a Constituição permitia que cada ente federativo estabelecesse subteto, desde que respeitado o limite máximo estabelecido pela Constituição. Essa regra nunca foi inteiramente aplicada, seja porque a jurisprudência se firmou no sentido de que se excluía do teto as vantagens pessoais e as inerentes ao cargo, seja porque leis ordinárias criavam determinadas vantagens pecuniárias, expressamente excluindo-as do teto.

A Emenda Constitucional nº 19/98, com o intuito de corrigir os vícios da redação original, alterou o artigo 37, XI, fixando nova norma sobre o teto, que passaria a ser representado pelo subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, igual para todos os servidores, federais, estaduais e municipais. Ficou excluída a possibilidade de fixação de subteto. No entanto, a norma nunca foi cumprida, em decorrência de decisão administrativa do próprio Supremo Tribunal Federal que, entendendo não ser autoaplicável o dispositivo, surpreendentemente mandou aplicar o teto anterior, que já havia desaparecido, porque a norma constitucional que o estabelecera já não existia. A dificuldade para aplicação do teto decorria do artigo 48, XV, da Constituição, com a redação dada pela Emenda 19/98, que exigia lei de iniciativa conjunta do Presidente da República, do Presidente do Senado, do Presidente da Câmara dos Deputados e do Presidente do Supremo Tribunal Federal para a fixação dos subsídios de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Com a Emenda Constitucional nº 41/03, tenta-se novamente impor um teto, devolvendo-se ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, a competência para fixar os subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 48, XV), e alterando-se, mais uma vez, o artigo 37, XI, que passou a vigorar com a seguinte redação:

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;

A leitura desse dispositivo, conjugada com outros dispositivos da Constituição, permite as seguintes conclusões:

- a) o teto abrange tanto os que continuam sob o regime remuneratório como os que passarem para o regime de subsídio;
- b) abrange os servidores públicos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos, o que significa que o teto independe do regime jurídico, estatutário ou trabalhista, a que se submete o servidor;
- c) alcança os servidores da Administração Direta, autárquica e fundacional; quanto às empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias, somente são alcançados pelo teto se receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral, conforme decorre do § 9º do artigo 37;
- d) o teto, no âmbito *federal*, é o mesmo para todos os servidores, correspondendo ao subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;<sup>17</sup> no âmbito *estadual*, é diferenciado para os servidores de cada um dos três Poderes do Estado, sendo representado pelos subsídios dos Deputados, do Governador e dos Desembargadores, incluindo-se no teto destes últimos algumas categorias de servidores do Executivo (membros do Ministério Público, Procuradores e Defensores Públicos); pela Emenda

<sup>17</sup> A Lei nº 12.771, de 28-12-12, altera o montante dos subsídios de Ministro do STF, sendo: R\$ 28.059,29, a partir de 1º-1-13, R\$ 29.462,25, a partir de 1º-1-14, e 30.935,36, a partir de 1º-1-15.

Constitucional nº 47/05, foi acrescentado o § 12 ao artigo 37, permitindo que, para fins do teto previsto no inciso XI do *caput*, os Estados e o Distrito Federal fixem, por emenda à Constituição e Lei Orgânica, como limite único, o subsídio dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, limitado a 90,25% do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, não se aplicando o disposto nesse parágrafo aos subsídios dos Deputados Estaduais e Distritais e dos Vereadores; no âmbito *municipal*, o teto é igual para todos os servidores, sendo representado pelo subsídio de Prefeito;

- e) para os parlamentares dos Estados e Municípios, a norma do artigo 37, XI, tem que ser combinada com as dos artigos 27, § 2º, e 29, VI, que estabelecem para os Deputados Estaduais e Vereadores limite inferior para os subsídios; para os primeiros, o subsídio não pode ultrapassar o limite de 75% do estabelecido para os Deputados Federais; a partir de 1º-1-01, data da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 25, de 14-2-00, que altera o artigo 29, VI, da Constituição, o limite máximo, para os Vereadores, varia entre 20%, 30%, 40%, 50%, 60% e 75% do subsídio dos Deputados Estaduais, em função do número de habitantes do Município. Há que se observar, também, que os Municípios sofrem limitações maiores no que diz respeito às despesas com subsídios dos Vereadores, tendo em vista que, pelo inciso VII do artigo 29, o total da despesa com a remuneração dos Vereadores não poderá ultrapassar o montante de 5% da receita do Município, e, pelo artigo 29-A, acrescentado pela mesma Emenda, o Poder Legislativo Municipal está sujeito a limite total de despesa, fixado em percentuais que incidem sobre a receita tributária e as transferências previstas no § 5º do artigo 153 e nos artigos 158 e 159 e que variam em função do número de habitantes do Município, não podendo a despesa com folha de pagamento da Câmara Municipal ultrapassar o limite de 70% de sua receita. Vale dizer que o limite máximo dos subsídios, fixado no inciso VI do artigo 29, só pode prevalecer enquanto não contrariar o limite máximo de despesa com folha de pagamento, previsto no artigo 29-A, § 1º, sob pena de crime de responsabilidade do Prefeito;
- f) para os membros da Magistratura, a norma do artigo 37, XI, tem que ser combinada com o artigo 93, V, que estabelece, para os Ministros dos Tribunais Superiores, o montante dos subsídios em 95% do subsídio mensal fixado para os Ministros do STF; para os demais magistrados, a fixação será feita em lei, observado um escalonamento, em níveis federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a 10% ou inferior a 5%, nem exceder 95% do subsídio mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores; o STF entendeu, no entanto, que os membros da magistratura devem submeter-se a teto único, independentemente

da esfera da federação à qual pertençam, ao considerar inconstitucionais, em sede cautelar, o artigo 2º, da Resolução nº 13/06, e o artigo 1º, parágrafo único, da Resolução nº 14/06, ambas do Conselho Nacional de Justiça. De acordo com o voto do relator, “essa ostensiva distinção de tratamento, constante do art. 37, inc. XI, da Constituição da República, entre as situações dos membros das magistraturas federal (a) e estadual (b), parece vulnerar a regra primária da isonomia (CF, art. 5º, *caput* e inc. I). Pelas mesmas razões, a interpretação do art. 37, § 12, acrescido pela Emenda Constitucional nº 47/2005, ao permitir aos Estados e ao Distrito Federal fixar, como limite único de remuneração, nos termos do inc. XI do *caput*, o subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do valor do subsídio dos Ministros desta Corte, também não pode alcançar-lhes os membros da magistratura” (ADI 3.854-MC, voto do Min. Cezar Peluso, j. em 28-2-07, DJ de 29-6-07).

- g) o teto atinge os proventos dos aposentados e a pensão devida aos dependentes do servidor falecido;
- h) o servidor que esteja em regime de acumulação está sujeito a um teto único que abrange a soma da dupla retribuição pecuniária; a mesma ideia repete-se com a redação dada ao inciso XVI do artigo 37, que manda observar, em qualquer caso de acumulação permitida, “o disposto no inciso XI”; e também com a redação dada ao § 11 do artigo 40 pela Emenda Constitucional nº 20, a norma é repetida com relação à acumulação de proventos; a Resolução nº 13, de 21-3-06, do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a aplicação do teto remuneratório constitucional e do subsídio mensal dos membros da magistratura, excluiu do teto remuneratório, com base em decisão administrativa do Supremo Tribunal Federal adotada em 5-2-04 (Processo nº 319269), “remuneração ou provento decorrente do exercício do magistério, nos termos do art. 95, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal”. Vale dizer que, para os magistrados, o exercício cumulativo de suas atribuições com uma de magistério não impede a percepção das retribuições correspondentes aos dois cargos, ainda que sua soma supere o teto; o princípio da razoabilidade e o princípio do *ubi eadem est ratio, eadem est jus dispositio* (onde existe a mesma razão deve reger a mesma disposição legal) exigem que a mesma interpretação seja adotada em relação aos servidores que acumulam cargos ou proventos com base no artigo 37, XVI, da Constituição;<sup>18</sup>

<sup>18</sup> No que diz respeito à aplicação do teto remuneratório, quando existe acumulação de proventos com subsídio relativo a cargo eletivo, o Tribunal de Contas da União, entendeu que “quando as fontes pagadoras decorrerem de acumulação legal de cargos, funções ou empregos públicos em esferas de governo e/ou poderes distintos, a operacionalização do teto remuneratório depende da implementação do sistema integrado de dados instituído pela Lei nº 10.887/04, além de normatização infraconstitu-

- i) na aplicação do teto, serão consideradas todas as importâncias percebidas pelo servidor, **“incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza”**; com a referência a essa expressão, o objetivo foi o de afastar a interpretação, adotada no âmbito do Poder Judiciário, em face da redação original do artigo 37, XI, de que as vantagens pessoais e as relativas à natureza ou ao local de trabalho ficavam fora do teto; pelo § 11 do artigo 37, introduzido pela Emenda Constitucional nº 47, de 5-7-05 (que tem efeito retroativo a 30-12-03, data da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 41), “não serão computadas, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do *caput* deste artigo, as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei”; em consonância com o artigo 4º da mesma Emenda nº 47, “enquanto não editada a lei a que se refere o § 11 do artigo 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 Emenda Constitucional nº 41, de 2003”; é o caso, por exemplo, das indenizações garantidas ao servidor federal para fins de ajuda de custo, diárias e transporte, conforme artigo 51 da Lei nº 8.112, de 11-12-90; note-se que, como a Emenda nº 47 tem efeito retroativo a 30-12-03, todos os descontos efetuados, para fins de aplicação do teto salarial, têm que ser revistos, para devolução, ao servidor, de valores correspondentes a verbas indenizatórias, eventualmente glosadas pela Administração Pública.

O artigo 8º da Emenda nº 41/03, para garantir a imediata aplicação do teto e evitar que a regra não seja novamente considerada autoaplicável, já definiu os montantes a serem considerados até que sejam fixados em lei os subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Contudo, o valor provisório não tem mais aplicação, porque, pela Lei nº 11.143, de 26-7-05, o subsídio mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal ficou fixado em R\$ 21.500,00, a partir de 1º-1-05, e em R\$ 24.500,00, a partir de 1º-1-06; a gratificação mensal de Juízes Eleitorais ficou fixada em 16% do subsídio de Juiz Federal. Tais valores têm sido reajustados por leis posteriores.

---

cional suplementar que defina as questões relativas a qual teto ou subteto aplicar o limite, a responsabilidade pelo corte de valores que ultrapassem seu valor, qual a proporção do abate teto nas diferentes fontes, a questão da tributação dela resultante, a destinação dos recursos orçamentários e financeiros decorrentes da redução remuneratória, a possibilidade de opção por parte do beneficiário da fonte a ser cortado etc.;" (Acórdão 2274/09 – Plenário). Em novo acórdão (nº 564, de 2010, do Plenário), o TCU fixou o prazo de 60 dias para que o governo federal adote providências com vistas à implantação do sistema de dados integrado previsto no art. 3º da Lei nº 10.887/04 no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, expedindo recomendações e determinações para que seja aplicado o teto único em caso de acumulação de cargos, conforme previsto no art. 37, XI, da Constituição Federal.

### 13.4.4.3.3 IRREDUTIBILIDADE DE REMUNERAÇÃO E SUBSÍDIO

O inciso XV do artigo 37, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, estabelece que “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 artigos 39, § 4º, 150, II, 153, § 2º, I”.<sup>19</sup>

Mantém, na realidade, o princípio da irredutibilidade que já constava da redação original, apenas alterando-se a redação para adaptá-lo às alterações introduzidas pela Emenda.

As ressalvas contidas na parte final do dispositivo significam que não contrariam a regra da irredutibilidade as normas dos dispositivos constitucionais expressamente referidos, ou seja:

- a) a **irredutibilidade de vencimentos** e subsídios não impede a observância do teto fixado pelo inciso XI; vale dizer que não se poderá invocar a irredutibilidade para manter remunerações que hoje superam o teto; a norma reforça-se com a do artigo 29 da Emenda, segundo a qual “os subsídios, vencimentos, remuneração, proventos da aposentadoria e pensões e quaisquer outras espécies remuneratórias adequar-se-ão, a partir da promulgação desta Emenda, aos limites decorrentes da Constituição Federal, não se admitindo a percepção de excesso a qualquer título”; a norma fere, evidentemente, o preceito constitucional que protege os direitos adquiridos (art. 5º, XXXVI); é a vontade do poder constituinte derivado prevalecendo sobre a vontade do poder constituinte originário. A exigência de respeito aos direitos adquiridos foi incluída na própria Constituição, entre os direitos que o constituinte originário considerou **fundamentais**. Se são fundamentais, é porque devem ser respeitados pelo legislador, qualquer que seja a natureza da norma a ser promulgada. Trata-se de princípio geral do direito, que diz respeito à segurança jurídica e que existiria ainda que não previsto no corpo da Constituição;<sup>20</sup>

<sup>19</sup> O STF vem entendendo que não há direito adquirido a regime jurídico funcional pertinente à composição dos vencimentos ou à permanência do regime legal de reajuste de vantagens, desde que eventual modificação introduzida por ato legislativo superveniente preserve o montante global da remuneração (in RE 593.304, AgR, rel. Min. Eros Grau, j. em 29-9-09, Segunda Turma, DJe de 23-10-09, e RE 469.834, AgR, rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 30-6-09, Primeira Turma, DJe de 21-8-09).

<sup>20</sup> O STF decidiu por 7 votos a 3 que o teto de retribuição estabelecido pela EC nº 41/03 é de eficácia imediata, e submete às referências de valor máximo nele discriminadas todas as verbas de natureza remuneratória percebidas pelos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ainda que adquiridas de acordo com o regime legal anterior (RE 609381/GO, Repercussão Geral, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 2.10.14, Plenário, Informativo 761, de 29-9 a 3-10-14). Com essa decisão, altera-se o entendimento anterior que permitia o pagamento acima do teto a servidores que obtiveram o benefício antes da referida Emenda.

- b) também a irredutibilidade de vencimentos e subsídios não impede a aplicação da norma do inciso XIV, segundo a qual “os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores”; isto significa que, embora o servidor estivesse percebendo vantagens pecuniárias calculadas por forma que se coadunava com a redação original do dispositivo, poderá sofrer redução para adaptar a forma de cálculo à nova redação;
- c) a referência ao artigo 39, § 4º, seria desnecessária, porque ele manda respeitar o disposto no artigo 37, X e XI; o primeiro cuida da fixação dos subsídios por meio de lei; e o segundo cuida do teto, já referido com a menção ao inciso XI;
- d) não fere a regra da irredutibilidade de vencimentos ou subsídios a aplicação do artigo 150, II, da Constituição, que veda à União, Estados, Distrito Federal e Municípios “instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”; como também não conflita com a irredutibilidade a incidência do imposto de renda, previsto no artigo 153, III, ou a aplicação da norma do § 2º, I, do artigo 153, segundo a qual o imposto de renda será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei. Por outras palavras, o teto salarial corresponde ao valor bruto, não impedindo que o valor líquido seja inferior ao teto, em decorrência da incidência do imposto de renda.

#### 13.4.5 DIREITO DE GREVE E DE LIVRE ASSOCIAÇÃO SINDICAL

A Constituição anterior vedava, no artigo 162, a greve nos **serviços públicos** e atividades essenciais definidas em lei; silenciava quanto ao direito de associação sindical. Mas a CLT, no artigo 566, determinava: “não podem sindicalizar-se os servidores do Estado e os das instituições paraestatais. Parágrafo único – Excluem-se da proibição constante deste artigo os empregados das sociedades de economia mista, da Caixa Econômica Federal e das Fundações criadas ou mantidas pelo Poder Público da União, dos Estados e dos Municípios”.

O artigo 37, incisos VI e VII, da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional nº 19, assegura ao servidor público o direito à livre associação sindical e o direito de greve, que “será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”. O primeiro é autoaplicável; o segundo depende de lei. Na redação original do inciso VII, exigia-se **lei complementar** para regulamentar o direito de greve; pela nova redação, exige-se **lei específica**. Como a matéria de servidor público não é privativa da União, entende-se que cada esfera de Governo deverá disciplinar o direito de greve por lei própria.

O artigo 142, § 3º, IV, proíbe a greve e a sindicalização ao militar. Essa norma aplica-se aos militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios por força do artigo 42, § 1º.

No que diz respeito aos sindicatos, a Constituição não estabelece normas disciplinadoras, à semelhança do que fez, para o trabalhador, no artigo 8º, o que permite inferir que são as mesmas para os servidores públicos, mesmo porque perfeitamente compatíveis.

Já com relação ao direito de greve, a situação é outra, porque o artigo 37, VII, exige expressamente lei específica que lhe defina os limites. O direito de greve do trabalhador, referido no artigo 9º da Constituição, foi disciplinado pela Lei nº 7.783, de 28-6-89, cujo artigo 16 estabelece que, “para os fins previstos no artigo 37, inciso VII, da Constituição, lei complementar definirá os termos e os limites em que o direito de greve poderá ser exercido”; quis o legislador deixar bem claro que as disposições dessa lei não se aplicam aos servidores públicos.

Embora o artigo 37 da Constituição abranja os servidores da Administração Direta e Indireta, a lei de greve aplica-se aos empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista, por força do artigo 173, § 1º, II, que lhes impõe regime jurídico igual ao das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas. Em consequência, quando exerçam atividade essencial, estarão sujeitos aos artigos 10 a 13 da Lei nº 7.783/89 e à norma do artigo 114, § 3º, da Constituição (introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/04), segundo o qual “em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão ao interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito”.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que o preceito constitucional que prevê o direito de greve do servidor público é norma de eficácia limitada, não podendo ser aplicada enquanto não disciplinada por lei (STF – Pleno – Mandado de Injunção nº 20 – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, 22-11-96, Seção I, p. 45.690; STF – 2ª T. – Rextr. nº 208.278-3/RS – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, 13-10-97, Seção I, p. 51.487; STF – Pleno – MI nº 586-5/RJ – Rel. Min. Nelson Jobim, *Diário da Justiça*, Seção I, 27-8-98, p. 13). No entanto, ao julgar os mandados de injunção nºs 670-ES, 708-DF e 712-PA, o STF entendeu de modo diverso ao aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário, decidindo pela aplicação da Lei nº 7.783/89 aos servidores públicos, até que seja suprida a omissão legislativa (*Boletim Informativo* nº 485, de 31-10-07, do STF). Posteriormente, o STF reduziu a amplitude do entendimento anteriormente esposado quanto ao direito de greve. Na apreciação da Rel. 6568, relatada pelo Ministro Eros Grau (j. em 21-5-09, *DJe* 181), foi asseverado que o direito de greve deve ser restringido para algumas categorias que exercem atividades relacionadas à manutenção da ordem pública. Com relação especificamente aos policiais civis, o STF considerou as atividades desenvolvidas pelos mesmos “análogas, para esse

efeito, às dos *militares*, em relação aos quais a Constituição expressamente proíbe a greve”.<sup>21</sup>

Na realidade, não devem ser poucas as dificuldades que o legislador federal enfrentará para regulamentar a greve do servidor público; não é especialmente por se tratar de serviço público, cuja continuidade fica rompida com a paralisação; se fosse essa a dificuldade, poderia ser contornada da mesma forma por que o foi nos artigos 10 a 13 da Lei nº 7.783/89, que cuida dos serviços considerados essenciais (a maior parte deles sendo **serviços públicos**) e estabelece normas que asseguram a sua continuidade em períodos de greve.<sup>22</sup>

A dificuldade está no fato de que, tanto o direito de sindicalização como o direito de greve, cuja importância para os trabalhadores em geral diz respeito a assuntos relacionados com pretensões salariais, não poderão ter esse alcance com relação aos servidores públicos, ressalva feita aos das empresas estatais. Com esse objetivo, o exercício do direito de greve poderá, quando muito, atuar como pressão sobre o Poder Público, mas não poderá levar os servidores a negociações coletivas, com ou sem participação dos sindicatos, com o fito de obter aumento de remuneração.

A norma do artigo 114 da Constituição, em sua redação original, permitia controvérsias, porque dava à Justiça do Trabalho competência para “conciliar e julgar os **dissídios individuais e coletivos** entre trabalhadores e empregadores, **abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União** e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas”.

Este dispositivo, no entanto, tinha que ser entendido (e realmente foi) de maneira que se conciliasse com outras normas da Constituição: em primeiro lugar, os **dissídios individuais** de competência da Justiça do Trabalho compreendem apenas os que envolvem servidores regidos pela CLT, os quais podem existir na Administração direta e indireta (ao lado dos estatutários) e necessariamente existem nas empresas públicas e sociedades de economia mista que exercem atividade econômica (art. 173, § 1º, II, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98). Os **dissídios coletivos** somente são possíveis nessas mesmas empresas

<sup>21</sup> No RE 456.530-ED, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 23-11-10, Segunda Turma, DJE de 1º-2-11, o STF entendeu possível, em caso de greve de servidor, o desconto dos dias parados, sem prejuízo da possibilidade de composição em benefício dos grevistas. No mesmo sentido, RE 399.338-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 1º-2-11, Primeira Turma, DJE de 24-2-11.

<sup>22</sup> Na esfera federal, o Decreto nº 7.777, de 24-7-12, dispõe sobre as medidas para a continuidade de atividades e serviços públicos dos órgãos e entidades da administração pública federal durante greves, paralisações ou operações de retardamento de procedimentos administrativos promovidas pelos servidores públicos federais. O art. 1º atribui aos Ministros de Estado competência para promover, mediante convênio, o compartilhamento da execução da atividade ou serviço com Estados, Distrito Federal ou Municípios, bem como a adoção, por ato próprio, de procedimentos simplificados necessários à manutenção ou realização da atividade ou serviço.

e nas fundações de direito privado, já que os servidores da Administração direta, fundações públicas e autarquias têm seus cargos, empregos e funções criados por lei, que fixa os respectivos vencimentos (art. 61, § 1º, II, *a*, da Constituição) com todas as limitações já examinadas, referentes ao teto, à paridade, ao reajuste igual para todos, aos limites de despesa com pessoal, à previsão na lei orçamentária.

Não poderia o servidor de uma categoria participar de negociação coletiva que lhe assegurasse vencimentos superiores aos definidos em lei e que ainda contrariasse as normas do artigo 37.

Quer dizer que o direito de greve, com a possibilidade de participar de negociação coletiva, por meio de sindicato, dificilmente poderá alterar a remuneração ou qualquer direito do servidor público que seja definido em lei. Mesmo que União, Estados e Municípios optem pelo regime da CLT para seus servidores, ele terá que ser adotado com todas as derrogações previstas no artigo 37 e seguintes da Constituição.

O STF, na ADIn nº 492-1, do Distrito Federal, julgou inconstitucionais as alíneas *d* e *e* do artigo 240 da Lei nº 8.112/90 (que instituiu o regime único dos servidores da União), que versam sobre o direito dos servidores à negociação coletiva e ao ajustamento, na Justiça do Trabalho, de dissídios individuais e coletivos que envolvam as relações por ela regidas.

Pela Súmula nº 679, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que “a fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva”.

Note-se que o artigo 114 foi alterado, passando o *caput* a constituir o inciso I, com a atribuição de competência à Justiça do Trabalho para processar e julgar: “I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Como se vê, ficaram expressamente excluídas da competência da Justiça do Trabalho as ações trabalhistas relativas a “servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas dos referidos entes da federação”.

O STF tem entendido que o regime de contratação temporária é “administrativo”, não sendo necessariamente regido pela CLT, decidindo pela “incompetência da Justiça Trabalhista para o processamento e o julgamento das causas que envolvam o Poder Público e servidores que sejam vinculados a ele por relação jurídico-administrativa. O eventual desvirtuamento da designação temporária para o exercício de função pública, ou seja, da relação jurídico-administrativa estabelecida entre as partes, não pode ser apreciado pela Justiça do Trabalho”.<sup>23</sup>

<sup>23</sup> In Rel. 6366 AgR/MG, Relatora Min. Cármen Lúcia, j. 4-3-09, *DJe* 084. No mesmo sentido, RE 573202, ADI 3395. Igual entendimento é adotado no STJ, conforme CC 94.627-RS (*DJe* de 3-6-08), e RCDESP no CC 64.544-RJ (*DJe* de 4-8-08). O TST, ao seu turno, em 23-4-09, cancelou a Orientação

### 13.4.6 PROIBIÇÃO DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS

Nos termos do artigo 37, XVI, da Constituição, alterado pelas Emendas Constitucionais n<sup>os</sup> 19, de 4-6-98, e 34, de 13-12-01, é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto quando houver compatibilidade de horários, observado, em qualquer caso, o disposto no inciso XI (teto de vencimento ou subsídio):

- 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.

E o inciso XVII do mesmo dispositivo, também alterado pela Emenda, estende a vedação a autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público. A alteração introduzida pela Emenda teve por objetivo acabar com a discussão sobre a incidência da proibição sobre os empregados de outras empresas estatais, não enquadráveis no conceito de sociedade de economia mista ou empresa pública. Pela nova redação, são alcançados pela norma todos os servidores de empresas nas quais o Estado tenha participação acionária, seja diretamente, seja por meio de suas entidades da Administração Indireta.

É importante assinalar que a vedação só existe quando ambos os cargos, empregos ou funções forem remunerados. As exceções somente admitem **dois** cargos, empregos ou funções, inexistindo qualquer hipótese de tríplice acumulação, a não ser que uma das funções não seja remunerada. As exceções somente são possíveis quando haja compatibilidade de horário, tendo desaparecido a exigência de correlação de matérias constante da Constituição anterior. As fundações foram incluídas na regra de acumulação, o que não ocorria na Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n<sup>o</sup> 1/69 (art. 99, § 2<sup>o</sup>).

Além dessas normas, existem outras referentes à acumulação de cargo na Constituição:

1. o artigo 38, III, admite a possibilidade do servidor investido em mandato de Vereador continuar no exercício de seu cargo, emprego ou função, desde que haja compatibilidade de horários, hipótese em que perceberá as vantagens correspondentes a sua condição de servidor e de vereador;

---

Jurisprudencial n<sup>o</sup> 205, de acordo com a qual a “lei que disciplina a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público não é o bastante para deslocar a competência da Justiça do Trabalho” e também passou a entender que cabe à Justiça Comum o processamento e o julgamento de conflitos entre servidores temporários e a Administração Pública.

2. o artigo 142, § 3º, II, implicitamente, proíbe o militar das Forças Armadas, em atividade, de aceitar cargo ou emprego público civil permanente, sob pena de passar para a reserva; o inciso III permite a aceitação de cargo, emprego ou função temporária, não eletiva, porém, enquanto estiver nessa situação, ficará agregado ao respectivo quadro e somente poderá ser promovido por antiguidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência, sendo depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, transferido para a reserva; a mesma norma aplica-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, nos termos do art. 42, § 1º;
3. o artigo 95, parágrafo único, inciso I, veda aos juízes “exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério”;
4. o artigo 128, § 5º, II, *d*, veda também aos membros do Ministério Público “exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério”.

A norma é mais restritiva para o juiz do que para o promotor público; o primeiro, além das funções de seu cargo, só pode exercer **uma** função de Magistério, seja pública ou privada; o Promotor Público pode exercer outra **função** pública de magistério, nenhuma restrição havendo quanto ao magistério particular.

A Resolução nº 34/07, do Conselho Nacional de Justiça, tratou do exercício da docência por magistrados e também da acumulação do cargo de juiz com outro cargo ou emprego de professor. A Resolução, no artigo 1º, proíbe o exercício, ainda que em disponibilidade, de outro cargo ou função, salvo o magistério; neste caso, deverá haver compatibilidade entre os horários fixados para o expediente forense e para a atividade acadêmica, o que deverá ser comprovado perante o Tribunal. O artigo 2º permite o exercício de cargos ou funções de coordenação acadêmica, assim considerados os que envolvam atividades estritamente ligadas ao planejamento e/ou assessoramento pedagógico, desde que haja compatibilidade de horário; no § 1º, veda o desempenho de cargo ou função administrativa ou técnica em estabelecimento de ensino, não se incluindo na proibição o exercício da docência em curso ou escola de aperfeiçoamento dos próprios Tribunais, de associações de classe ou de fundações estatutariamente vinculadas a esses órgãos e entidades (§ 3º).<sup>24</sup>

<sup>24</sup> O STF possui precedente em sentido contrário ao entendimento de que a Constituição permite ao juiz o exercício de somente uma única função de magistério, seja pública ou privada. Na ADIn-MC 3126 (Relator Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-2-05, órgão julgador: Tribunal Pleno, DJ 6-5-05 PP-00006), foi suspensa a vigência da expressão “único (a)”, constante da redação do art. 1º da Resolução nº 336/03, do Conselho de Justiça Federal, segundo o qual “ao magistrado da Justiça Federal, de primeiro e segundo grau, ainda que em disponibilidade, é defeso o exercício de outro cargo ou função, ressalvado(a) um(a) único(a) de magistério, público ou particular”.

Cabe uma referência ao servidor aposentado. A Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69, no artigo 99, § 4º, estabelecia que “a proibição de acumular proventos não se aplica aos aposentados, quanto ao exercício de mandato eletivo, quanto ao de um cargo em comissão ou quanto a contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados”. Além dessas três hipóteses de acumulação permitidas, ainda era pacífico o entendimento segundo o qual o servidor que, em atividade, acumulasse cargos, empregos ou funções, poderia, na inatividade, acumular os proventos correspondentes.

A Constituição de 1988 não repetiu a norma, de modo que deu margem a que se reabrissem as mesmas controvérsias já lavradas na vigência da Constituição de 1946, em que também não havia, como na atual, norma expressa coibindo a acumulação de proventos com vencimentos de outro cargo ou função.

Na esfera administrativa federal prevaleceu o entendimento contrário à acumulação. O Decreto nº 35.956, de 3-8-54, no artigo 12, admitia que o aposentado ocupasse cargo em comissão ou participasse de órgão de deliberação coletiva, porém, enquanto exercesse a comissão, perderia os proventos da aposentadoria, salvo se por estes optasse. Além disso, houve orientação fixada pelo Presidente da República, publicada no *Diário Oficial* de 9-10-64, aprovando parecer da Consultoria-Geral da República, proferido por Adroaldo Mesquita, no sentido de que “a vedação constitucional, como é pacífico na doutrina e na jurisprudência, impede tanto a **acumulação de exercício** como a **acumulação de remuneração**. Por conseguinte, também se aplica aos inativos que continuam percebendo os **proventos de inatividade** e são beneficiados pela atualização periódica dos mesmos por força de lei”.

No Estado de São Paulo, depois de muitas controvérsias, acabou por prevalecer o entendimento favorável à acumulação, consagrado no artigo 448 do Decreto nº 42.850, de 28-10-63, em consonância, com o qual não se compreende na proibição de acumular a percepção de vencimentos, remunerações ou salários com proventos de inatividade ou pensões civis ou militares.

Na jurisprudência houve decisões, em um e outro sentido, dentro do próprio STF; em sentido favorável, citem-se acórdãos publicados: *RTJ*-3/99, 40/657, 40/104, 42/505, 54/780 e *RDA* 52/152; em sentido contrário: *RDA* 127/247 e *RTJ* 71/10, 53/126 e 47/131.

Segundo entendemos, a Constituição de 1946 não criava, como a atual não cria, restrição ao exercício de outro cargo ou função, de qualquer natureza, por parte do funcionário aposentado por tempo de serviço. A de 1967 é que restringiu, ao estabelecer as hipóteses em que essa acumulação era permitida ao aposentado.

Note-se que a Constituição atual veda a acumulação de “cargo” e não se pode ampliar o sentido desse vocábulo de tal modo que abranja a situação do aposentado. O termo foi empregado, no artigo 37, I, em sentido preciso, de modo a não confundir-se com **função** e **emprego**. Também nos incisos XVI e XVII, a sua utilização foi feita em sentido técnico: o primeiro veda a acumulação de **cargos públicos**; o segundo estende a proibição a **empregos** e **funções**, repetindo a mesma distinção

feita no inciso I. Não há menção à acumulação de **proventos**. Cabe aqui a aplicação do princípio geral de direito em decorrência do qual as normas que impõem restrições ao exercício de direitos devem ser interpretadas restritivamente: *exceptiones sunt strictissimae interpretationis*.

No entanto, o STF, no Recurso Extraordinário nº 163.204-6-SP, decidiu, em 9-11-94, que “a acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida na Constituição”. Decisão semelhante foi proferida pelo mesmo Tribunal ao apreciar o Mandado de Segurança nº 22.182-8.

Na linha desse entendimento, a Lei nº 9.527, de 10-12-97, que altera a Lei nº 8.112/90, incluiu um § 3º ao artigo 118, para considerar “acumulação proibida a percepção de vencimento de cargo ou emprego público efetivo com proventos da inatividade, salvo quando os cargos de que decorram essas remunerações forem acumuláveis na atividade”. Como se vê, a proibição somente atinge os ocupantes de **cargos efetivos**, deixando as portas abertas para que os aposentados acumulem proventos com os vencimentos de **cargo em comissão**.

Na mesma data, foi baixado o Decreto nº 2.027, de 11-10-96, estabelecendo normas sobre a nomeação de servidor aposentado.

Pela Emenda Constitucional nº 20, de 15-12-98, foi acrescentado um § 10 ao artigo 37 da Constituição, consagrando aquilo que já era entendimento do STF e que constava da Lei nº 8.112/90, com a redação dada pela Lei nº 9.527, de 10-12-97. Com efeito, o dispositivo veio tornar expressa a vedação de percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do artigo 40 (servidores civis), do artigo 42 (militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios) e do artigo 142 (militares das Forças Armadas) com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma da Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre exoneração. Fica, portanto, vedada a acumulação de proventos de aposentadoria com a remuneração de outro cargo efetivo, salvo naqueles casos em que a própria Constituição admite a acumulação, previstos nos artigos 37, inciso XVI, 95, parágrafo único, inciso I, e 128, § 5º, inciso II, *d*.

No entanto, a Emenda Constitucional nº 20 resguardou, no artigo 11, os direitos dos que já vinham acumulando proventos com vencimentos de outro cargo efetivo, apenas proibindo que percebam duas aposentadorias com base no artigo 40 da Constituição e impondo o teto salarial previsto no artigo 37, XI, à soma dos proventos com os vencimentos do cargo.

Quanto à acumulação de mais de uma aposentadoria, somente é possível nos casos em que o servidor esteve, em atividade, em situação de acumulação lícita. É o que consta expressamente do artigo 40, § 6º. Nesse caso, a soma dos proventos está sujeita ao teto previsto no artigo 37, XI. A norma já decorria desse dispositivo, na redação dada pela Emenda nº 19, mas foi repetida no § 11 do artigo 40, introduzido pela Emenda Constitucional nº 20.

### 13.4.7 APOSENTADORIA E PENSÃO

**Aposentadoria** é o direito à inatividade remunerada, assegurado ao servidor público em caso de invalidez, idade ou requisitos conjugados de tempo de exercício no serviço público e no cargo, idade mínima e tempo de contribuição. Daí as três modalidades de aposentadoria: por invalidez, compulsória e voluntária.

**Pensão** é o benefício pago aos dependentes do servidor falecido, nas condições definidas em lei.

Do ponto de vista **formal**, aposentadoria é o ato pelo qual a Administração Pública concede esse direito ao servidor público. Do mesmo modo, pensão, sob o ponto de vista formal, é o ato administrativo pelo qual a Administração Pública concede esse direito aos dependentes do servidor falecido.

Tanto a aposentadoria como a pensão são atos complexos, uma vez que sujeitos a registro pelo Tribunal de Contas, conforme artigo 71, III, da Constituição Federal. Produzem efeitos jurídicos imediatos, sendo suficientes para que o servidor ou o seu dependente passe a usufruir do benefício; mas os mesmos só se tornam definitivos após a homologação pelo Tribunal de Contas, que tem a natureza de condição resolutiva.

Perante a atual Constituição, tanto a aposentadoria como a pensão têm a natureza jurídica de benefício previdenciário e contributivo, sujeito às normas do artigo 40 da Constituição.

#### 13.4.7.1 REGIME PREVIDENCIÁRIO

Teoricamente, a pensão pode constituir encargo do Poder Público, independente de contribuição do servidor. Mas tem prevalecido a sua natureza de benefício previdenciário.

Dependendo do regime adotado, a aposentadoria do servidor público também pode, em tese, apresentar-se como direito de **natureza previdenciária**, dependente de contribuição, ou como direito vinculado ao exercício do cargo público, financiado inteiramente pelo Poder Público, sem contribuição do servidor.

Tradicionalmente, a primeira hipótese era reservada apenas aos servidores contratados pelo regime da CLT, ficando os demais livres de qualquer contribuição. A Emenda Constitucional nº 3, de 1993, introduziu o § 6º no artigo 40 da Constituição, para prever que “as aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei”.

Com relação aos servidores estaduais e municipais, o artigo 149, parágrafo único, da Constituição estabelecia que “os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social”.

A Emenda Constitucional nº 20/98 alterou a redação do artigo 40 da Constituição, assegurando aos servidores ocupantes de cargo efetivo regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. Ela não manteve a redação do § 6º do artigo 40 (com redação dada pela Emenda Constitucional nº 3/93), que impunha o regime contributivo para o servidor federal, e manteve com a mesma redação o artigo 149, § 1º, de modo que se pode afirmar que, diante dessa Emenda, não era obrigatória a instituição desse regime para o servidor. Tratava-se de faculdade a ser exercida, a critério do legislador de cada nível de Governo.

Por isso mesmo, em grande parte dos Estados e Municípios, não foi instituído regime previdenciário para os servidores, a não ser, em alguns deles, para custear a pensão dos dependentes do servidor falecido. Foi o que ocorreu no Estado de São Paulo, em que se continuou a adotar o regime contributivo para a pensão, nos termos da Lei Complementar nº 180, de 12-5-78. Só recentemente, com a Lei Complementar nº 943, de 23-6-03, é que foi prevista a contribuição para fins de aposentadoria e pensão.

Além disso, outros benefícios que, para o trabalhador, são assegurados também pelo regime previdenciário, constituem para o servidor público, do mesmo modo que a aposentadoria, encargos do Estado, previstos no Estatuto do Servidor Público, como é o caso da licença-saúde, licença-maternidade, auxílio-funeral, entre outros.

Com a Emenda Constitucional nº 41, de 19-12-03, foi alterada a redação do artigo 149, § 1º, para determinar que “os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o artigo 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União”.

Vale dizer que o regime previdenciário de caráter contributivo, já aplicado para os servidores federais com base na Emenda Constitucional nº 3/93, tornou-se obrigatório para Estados e Municípios.

#### 13.4.7.2 PRINCÍPIOS DA REFORMA PREVIDENCIÁRIA

As bases para a chamada reforma previdenciária foram lançadas pela Emenda Constitucional nº 20/98. O objetivo último é o de reduzir os benefícios sociais – mais especificamente proventos de aposentadoria e pensão – dos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos e seus dependentes, colocando-os, paulatinamente, nos mesmos patamares vigentes para o regime geral de previdência social, que inclui o trabalhador do setor privado e os servidores não ocupantes de cargo efetivo. O que se objetiva, na realidade, é a unificação da previdência social. Não podendo ser feita de imediato, tendo em vista as situações consolidadas com base na legislação vigente, pretende-se alcançar esse objetivo de forma paulatina. Daí já terem sido promulgadas duas Emendas Constitucionais instituidoras de “reformas previdenciárias” e já se falar em outras futuras reformas da mesma natureza.

Os principais objetivos da reforma ficaram definidos na Emenda Constitucional nº 20/98, a saber:

- a) previsão de regime previdenciário de caráter contributivo para os servidores ocupantes de cargos efetivos, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial (art. 40, *caput*); a instituição desse regime foi mantida em caráter facultativo para Estados e Municípios (art. 149, § 1º);
- b) inclusão no regime geral de seguridade social dos servidores ocupantes exclusivamente de cargos em comissão ou de outros cargos temporários e dos servidores ocupantes de empregos públicos (art. 40, § 13);
- c) alteração dos requisitos para a aposentadoria voluntária dos servidores ocupantes de cargo efetivo, de modo a prolongar a sua permanência no serviço público e, paralelamente, retardar a sua dependência em relação ao seguro social (art. 40, § 1º, III);
- d) previsão da possibilidade de estabelecimento de limite para os proventos de aposentadoria e pensão, igual ao estabelecido para os segurados do regime geral de previdência social, sob a condição de ser instituída a chamada previdência complementar (art. 40, § 14); a ideia é a de que a previdência social responda dentro do limite estabelecido para a seguridade social em geral, ficando eventuais diferenças por conta da previdência complementar, também de caráter contributivo;
- e) previsão da possibilidade de instituição de fundos de aposentadoria e pensão para administração dos recursos do regime previdenciário próprio dos servidores (art. 249);
- f) vinculação das contribuições sociais ao regime previdenciário (art. 167, XI, combinado com artigo 40, § 12).

Com exceção da norma referente aos novos requisitos para aposentadoria voluntária, a consecução desses objetivos dependia de legislação infraconstitucional. Para esse fim, foi baixada a Lei federal nº 9.717, de 27-11-98, com normas obrigatórias para União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Mas a instituição do regime nos níveis estaduais e municípios ficou dependendo de legislação própria.

Na tentativa de possibilitar a implementação da nova sistemática, a Emenda Constitucional nº 41/03 mantém, basicamente, os mesmos objetivos já definidos na Emenda nº 20/98, com algumas inovações:

- a) obrigatoriedade da instituição do regime previdenciário de caráter contributivo para todos os níveis de governo (redação dada ao art. 149, § 1º);
- b) menção expressa ao caráter solidário do regime previdenciário (art. 40, *caput*), com o que se pretendeu dar fundamento à contribuição dos inativos e pensionistas;

- c) indicação das fontes de custeio, incluindo contribuição do ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas (art. 40, *caput*);
- d) definição de critérios para fixação, em lei, do valor da pensão dos dependentes do servidor falecido (art. 40, § 7º);
- e) extinção, respeitados os direitos adquiridos, da paridade entre, de um lado, os proventos e pensões, e, de outro, os vencimentos dos servidores em atividade (como decorrência da nova redação dada aos §§ 7º e 8º do art. 40, que asseguravam a paridade);
- f) previsão da garantia de reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios a serem estabelecidos em lei (nova redação do § 8º do art. 40);
- g) extinção do direito a proventos integrais, com a previsão de que o cálculo dos proventos de aposentadoria levará em consideração a remuneração utilizada como base para as contribuições do servidor ao regime de previdência social a que estiver vinculado (regime geral ou regime próprio do servidor, conforme o caso), de acordo com o que for definido em lei (art. 40, § 3º); isto significa que, ao instituir o regime previdenciário próprio do servidor, cada ente da federação terá que definir a remuneração sobre a qual incidirá a contribuição, a qual deverá obrigatoriamente ser levada em consideração no cálculo dos proventos; a limitação ao teto de R\$ 2.400,00 (atualizado anualmente pelo Governo Federal) continua condicionada à instituição da previdência complementar por lei de cada esfera de governo (art. 40, § 14, não alterado pela Emenda Constitucional nº 41/03).

Quanto aos **riscos cobertos pelo regime previdenciário**, existe uma diferença entre o regime geral de previdência social de que trata o artigo 201 da Constituição, e o regime próprio do servidor, disciplinado pelo artigo 40. Para o primeiro, os riscos cobertos são: doença, invalidez, morte, idade avançada, maternidade, desemprego involuntário, reclusão e morte, sem prejuízo de outros previstos em lei. Para o servidor vinculado ao regime próprio de previdência, o artigo 40 não especifica os riscos cobertos. Apenas se presume que, como o dispositivo cuida, no § 1º, das três modalidades de **aposentadoria** (por invalidez, compulsória e voluntária) e, no § 7º, da **pensão por morte**, os riscos cobertos pelo regime previdenciário são a invalidez, a idade e a morte.

A Lei nº 9.717/98 também não indica os riscos a serem cobertos pelo regime previdenciário. Porém, no artigo 5º, determina que “os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal”.

Em consequência, tem-se que entender que a definição dos riscos cobertos ficará a cargo da legislação de cada ente federativo, tendo como limite os benefícios previstos para o regime geral de previdência social pela Lei nº 8.213/91.

Muitos dos benefícios atendidos pelo regime geral de previdência social, como auxílio-doença, auxílio-funeral, licença-maternidade, entre outros, constituem, para os servidores vinculados ao regime próprio de previdência, encargo que o Estado assume, independentemente de contribuição. Trata-se de vantagens previstas e reguladas por normas estatutárias.

### 13.4.7.3 REGIMES PREVIDENCIÁRIOS DIFERENCIADOS

Pela Emenda Constitucional nº 20, de 15-12-98, que estabeleceu a **reforma da previdência social** (primeira reforma), o regime previdenciário é previsto para todas as categorias de servidores, porém com duas modalidades um pouco diversas: alguns estão sujeitos ao regime geral da previdência social, estabelecido no artigo 201 e seguintes, em tudo igual ao do trabalhador privado, enquanto outros estão sujeitos ao regime previdenciário próprio do servidor, previsto no artigo 40. A primeira modalidade está disciplinada pela Lei nº 8.212, de 24-7-91, e, a segunda, pela Lei nº 9.717, de 27-11-98 (alterada pela Lei nº 10.887, de 18-6-04), que dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; essa lei estabelece algumas normas de âmbito apenas federal e outras normas gerais obrigatórias para todos os níveis de governo, sem afetar a competência de cada qual para instituir o respectivo regime previdenciário, já que se trata de matéria de competência concorrente, em que a União estabelece apenas as normas gerais e os Estados exercem a competência suplementar (art. 24, XII, e parágrafos da Constituição); os Municípios também podem legislar supletivamente com base no artigo 30, II. Para os servidores federais, a matéria estava disciplinada pela Lei nº 9.783, de 28-1-99, que dispunha sobre a contribuição para o custeio da previdência social dos servidores públicos, ativos e inativos, e dos pensionistas dos três Poderes da União. Essa lei foi revogada pela Lei nº 10.887/04, que agora disciplina o assunto.

Nos dois regimes está presente a ideia de *previdência social* (como encargo do Poder Público, em oposição à previdência privada), que funciona à semelhança do contrato de seguro, em que o segurado paga determinada **contribuição**, com vistas à cobertura de **riscos futuros**. Os segurados contribuem compulsoriamente, mas nem todos usufruem dos benefícios, porque nem sempre se concretiza a situação de risco coberta pela previdência social. Daí a ideia de **solidariedade**, inerente ao regime de previdência social.

No caso do servidor vinculado ao regime geral da previdência social, a sua aposentadoria, tal como a do trabalhador privado, integra-se, nos termos do artigo 195 da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de

15-12-98, no regime da previdência social mantido com a participação da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, além das seguintes contribuições sociais:

- I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidente sobre: (a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviços, mesmo sem vínculo empregatício; (b) a receita ou faturamento; e (c) o lucro;
- II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o artigo 201;
- III – sobre a receita de concursos de prognósticos.

Quanto ao regime previdenciário do servidor público, a Emenda Constitucional nº 41/03 trouxe algumas inovações, a começar pela redação do *caput* do artigo 40, que passou a falar em *regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial*. Vale dizer que definiu as fontes de custeio do regime previdenciário próprio do servidor, incluindo as contribuições dos inativos e pensionistas, que havia sido considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Repete-se agora, por emenda constitucional, a exigência que constava da Lei nº 9.717/98. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar as ADINs de nºs 3105 e 3128, ajuizadas, respectivamente, pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público e pela Associação Nacional dos Procuradores da República, entendeu ser constitucional a cobrança de contribuição dos inativos e pensionistas.

Quanto ao montante da contribuição, o artigo 149, § 1º, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/03, impõe aos Estados, Distrito Federal e Municípios alíquota não inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União, o que é sob todos os aspectos inaceitável, tendo em vista que não leva em consideração o fato de que o equilíbrio financeiro e atuarial pode exigir alíquotas diversas em cada ente da federação. Essa contribuição incide sobre os proventos e pensões que superem o limite máximo estabelecido para o regime geral de previdência social de que trata o artigo 201 (art. 40, § 18), salvo para os atuais inativos e pensionistas e para os servidores que completaram os requisitos para obtenção dos benefícios na data de publicação da Emenda nº 41/03. Neste caso, o artigo 4º e seu parágrafo único preveem contribuição igual à dos servidores ativos, a incidir sobre a parcela dos proventos e da pensão que supere 50% do limite estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o artigo 201 (para Estados, Distrito Federal e Municípios) e 60% (para a União). Quanto a essa parte, o Supremo Tribunal Federal, nas mesmas ADINs, entendeu, com base no princípio da isonomia, que deve ser igual para todos o limite acima do qual deverá

incidir a contribuição, independentemente de tratar-se de servidor federal, estadual ou municipal, e da data em que ocorreu a aposentadoria. Dessa forma, foram consideradas inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, contidas, respectivamente, nos incisos I e II do parágrafo único do artigo 4º da Emenda nº 41/03. A contribuição passa a incidir, para todos, sobre o montante que superar o valor máximo dos benefícios concedidos pelo Regime Geral da Previdência Social.

Para os aposentados e pensionistas portadores de doença incapacitante, a contribuição prevista no § 18 do artigo 40 “incidirá apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e de pensão que superem o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o artigo 201 desta Constituição” (conforme § 21 do art. 40, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 47/05).

Pelo sistema instituído pela Emenda nº 20, a vinculação dos servidores públicos ao regime previdenciário é feita da seguinte maneira:

- a) os ocupantes de **cargos efetivos** da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como suas autarquias e fundações, submetem-se ao artigo 40, ou seja, ao regime previdenciário próprio do servidor público e não ao regime geral de previdência previsto no artigo 201 e seguintes, embora o § 12 do mesmo artigo 40 determine que aos servidores se aplicam “*no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social*”;
- b) para o servidor **ocupante exclusivamente de cargo em comissão**, bem como de outro **cargo temporário** ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social (§ 13 do art. 40). A referência ao *servidor ocupante exclusivamente de cargo em comissão* tem por objetivo distinguir essa situação daquela em que o servidor ocupa cargo em comissão, mas é titular de cargo efetivo nos quadros da Administração Pública; este se enquadra no regime previdenciário próprio do servidor.

Verifica-se que não houve qualquer referência ao regime previdenciário dos servidores que exercem **função**. Seria de indagar-se se foi intenção do legislador constituinte excluí-los de qualquer regime previdenciário. A resposta só pode ser negativa. E, se houve essa intenção, ela certamente ficará frustrada e a omissão terá que ser corrigida pela legislação infraconstitucional ou pela via de interpretação, tendo em vista que o artigo 6º da Constituição, inserido no título pertinente aos direitos e garantias fundamentais, inclui nessa categoria os **direitos sociais**, abrangendo, dentre outros, a previdência social.

Conforme visto no item 13.3, a Constituição faz referência, em vários dispositivos, a **cargo, emprego e função**; esta última abrange pelo menos duas modalidades com fundamento constitucional: a função exercida por servidores contratados

temporariamente com base no artigo 37, IX, e as funções de confiança referidas no artigo 37, V.

Para as funções de confiança, é justificável a omissão quanto ao seu regime previdenciário, porque, pelo inciso V do artigo 37, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, as mesmas só podem ser exercidas por servidor ocupante de cargo efetivo e este, como visto, está necessariamente inserido no regime previdenciário previsto no artigo 40.

Quanto aos servidores contratados temporariamente com base no artigo 37, IX, tem-se que incluí-lo, por analogia, no regime geral da previdência, já que o artigo 40, § 13, faz referência a “outro cargo temporário”. Trata-se de aplicação do princípio geral de direito, segundo o qual *ubi eadem est ratio, eadem est jus dispositio* (onde existe a mesma razão, deve aplicar-se o mesmo dispositivo), que justifica a aplicação da lei por analogia.

Há que se lembrar também que alguns Estados e Municípios não implantaram o regime jurídico único previsto no artigo 39 da Constituição, em sua redação original. Foi o que ocorreu no Estado de São Paulo, onde até hoje existem servidores que exercem a chamada **função-atividade**, com base na Lei nº 500, de 13-11-74, que corresponde a funções de caráter permanente, para as quais o ingresso se fazia mediante **processo seletivo**. Tais servidores nem ocupam cargo efetivo a que se refere o *caput* do artigo 40, nem ocupam cargo em comissão, cargo temporário ou emprego público, referidos no § 13 do mesmo dispositivo. Eles têm uma situação muito semelhante a dos servidores efetivos, à medida que foram admitidos por processo seletivo; seu regime é estatutário, porque estabelecido por lei; a maior parte deles adquiriu estabilidade com base no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O caráter de temporariedade e de precariedade da forma de provimento e exoneração, presente nos casos previstos no § 13, não existe com relação a esses servidores. A eles deve aplicar-se, por analogia, o *caput* do artigo 40.

Além disso, os servidores que foram admitidos, a qualquer título, antes da Emenda Constitucional nº 20 (ressalvados os celetistas, que já eram vinculados ao regime previdenciário geral), tinham a sua aposentadoria regida pelos dispositivos constitucionais relativos aos servidores públicos. O artigo 40 da Constituição não fazia qualquer distinção quanto ao tipo de servidor, fosse ele ocupante de cargo ou função; apenas remetia para a legislação a disciplina legal sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários. Fora essas duas hipóteses, todos os demais servidores faziam jus às modalidades de aposentadoria previstas no artigo 40 e continuam sujeitos a esse dispositivo, já que tiveram os seus direitos preservados pela regra do artigo 3º, § 3º, da Emenda nº 20. Esse dispositivo manteve, expressamente, “*todos os direitos e garantias assegurados nas disposições constitucionais vigentes à data de publicação desta Emenda aos servidores e militares, inativos e pensionistas, aos anistiados e aos ex-combatentes, assim como àqueles que já cumpriram, até aquela data, os requisitos para usufruírem tais direitos, observado o disposto no artigo 37, XI, da Constituição Federal*”.

Ocorre que alguns Municípios não instituem regimes próprios de previdência, adotando o Regime Geral de Previdência Social. Essa possibilidade existe em razão de o legislador federal, amparado no artigo 195, II, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98 – que incluiu entre as fontes de financiamento da Seguridade Social, ao lado da contribuição do trabalhador, a “dos demais segurados da previdência social” –, ter previsto como segurado obrigatório da Previdência Social o servidor civil ocupante de cargo efetivo ou o militar da União, dos Estados e do Distrito Federal ou dos Municípios, bem como o das respectivas autarquias e fundações, desde que amparados por regime próprio de previdência social (art. 13 da Lei nº 8.212/91 e art. 12 da Lei nº 8.213/91, ambos com a redação dada pela Lei nº 9.876/99).

Dessa forma, os servidores públicos não amparados por regime de previdência próprio, ainda que titulares de cargos efetivos, são segurados obrigatórios do Regime Geral de Previdência Social.<sup>25</sup>

Para atender ao objetivo de assegurar recursos para o pagamento de proventos de aposentadoria e pensão, a Emenda Constitucional nº 20 permite, nos artigos 249 e 250, acrescentados à Constituição, a instituição de **fundos** a serem constituídos por lei com recursos provenientes de contribuições e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza. O primeiro dispositivo trata do regime previdenciário dos servidores e, portanto, a lei instituindo o fundo terá que ser da competência de cada ente da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). O segundo trata do regime geral de previdência social, hipótese em que a instituição do fundo é de competência exclusiva da União, conforme está expresso no dispositivo. Note-se que os dispositivos não obrigam a instituição dos fundos, deixando a sua instituição à decisão discricionária de cada nível de governo.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4-5-00) instituiu, no artigo 68, o Fundo do Regime Geral de Previdência Social, vinculado ao Ministério da Previdência e Assistência Social, com a finalidade de prover recursos para o pagamento dos benefícios do regime geral de previdência social; no § 1º do mesmo dispositivo, indica os bens e receitas que integram o Fundo e, no § 2º, estabelece que o mesmo será gerido pelo INSS, na forma da lei.

Os fundos não têm personalidade jurídica própria e caracterizam-se por serem constituídos por receitas vinculadas a determinados fins. A Lei federal nº 4.320, de 17-3-64, que estabelece normas gerais de direito financeiro, define os fundos como “o produto de receitas especificadas que, por lei, se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação” (art. 71). Como os fundos não têm personalidade jurídica própria, normalmente ficam vinculados a determinado órgão, encarregado de sua administração. No caso específico de que se trata, a receita será a decorrente da própria contribuição previdenciária,

<sup>25</sup> Nesse sentido, acórdão proferido pelo TRF 1ª Região, AC 200143000009844, Rel. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, j. 29-9-04, DJ 25-10-04.

além de bens, direitos e ativos de qualquer natureza. A forma de sua administração será definida na lei instituidora.

Quanto à aplicação dos recursos provenientes das contribuições sociais, há norma expressa na Emenda Constitucional nº 20 proibindo a sua utilização para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social (art. 167, XI).

#### 13.4.7.4 MODALIDADES DE APOSENTADORIA

À vista da dualidade de regimes previdenciários para os servidores públicos, em função do tipo de vínculo que os une à Administração Pública, a aposentadoria rege-se também por normas diversas. Todos têm direito à aposentadoria **por invalidez, compulsória e voluntária**. Porém, o valor dos proventos varia conforme o tipo de regime previdenciário, como também variam os requisitos exigidos para a outorga do benefício.

Para o servidor vinculado ao regime previdenciário geral, aplicam-se as mesmas normas aplicáveis aos empregados do setor privado (art. 201 e seguintes). A Constituição não especifica as modalidades de aposentadoria, deixando a matéria para a legislação ordinária. Porém, no artigo 201, I, exige que, entre outros benefícios, sejam cobertos obrigatoriamente pela previdência social os eventos de doença, **invalidez**,<sup>26</sup> morte e **idade avançada** e, no § 7º, indica os requisitos para a aposentadoria voluntária, a saber:

- I – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;
- II – sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

Além disso, o § 8º do artigo 201 reduz em cinco anos o tempo de contribuição para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício em funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> A Lei complementar nº 142, de 8-5-13, regulamenta o § 1º do artigo 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social – RGPS. Dá o conceito de deficiência para os fins de obtenção do benefício; estabelece as condições pertinentes ao tempo de contribuição e à idade; bem como fixa o valor da aposentadoria, que será de 100% sobre o salário de benefício, salvo na hipótese em que a aposentadoria se der por idade.

<sup>27</sup> Pela Súmula 726, o STF havia consagrado o entendimento de que “para efeito de aposentadoria especial de professores não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula, salvo o de

Verifica-se, portanto, que, para a aposentadoria voluntária, combinam-se os critérios de **tempo de contribuição** e de **idade mínima**.

Quanto ao montante dos proventos, a Constituição nada estabelece, deixando a sua fixação para a legislação ordinária. Porém, o artigo 14 da Emenda Constitucional nº 20 determina que “o limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o artigo 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00, devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social”. Esse valor passou a ser de R\$ 2.400,00 a partir da Emenda Constitucional nº 41/03 (art. 5º), sendo anualmente reajustado em obediência ao comando constitucional.

A Emenda nº 20/98 também estabelece um limite mínimo para os proventos de aposentadoria e para os benefícios em geral, correspondente ao valor mensal do salário mínimo (art. 201, § 2º).

Para o servidor público vinculado ao regime previdenciário referido no artigo 40, *caput*, são previstas, no § 1º, três modalidades de aposentadoria:

1. por invalidez;
2. compulsória;
3. voluntária.

Na aposentadoria por **invalidez permanente**, os proventos são proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei (redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/03); embora a redação dê a impressão de que nestas últimas hipóteses haverá integralidade (já que constituem exceção à regra da proporcionalidade), a Lei nº 10.887, de 18-6-04, estabeleceu uma forma de cálculo dos proventos que também implica proporcionalidade, porque, pelo artigo 1º, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações,

---

diretor”. No entanto, em decisão proferida na ADIn 3772 (em 29-10-08), proposta contra o art. 1º da Lei federal nº 11.301/06, que estabeleceu aposentadoria especial para especialistas em educação que exerçam direção de unidade escolar, coordenação e assessoramento pedagógico, o STF, por maioria de votos, decidiu que “I – A função de magistério não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula, abrangendo também a preparação de aulas, a correção de provas, o atendimento aos pais e alunos, a coordenação e o assessoramento pedagógico e, ainda, a direção de unidade escolar. II – As funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico integram a carreira do magistério desde que exercidas, em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação, fazendo jus aqueles que as desempenham ao regime especial de aposentadoria estabelecido nos arts. 40, § 4º, e 201, § 1º, da Constituição Federal. III – Ação direta julgada parcialmente procedente, com interpretação conforme, nos termos supra” (ADI 3772, Rel. para acórdão Min. Ricardo Lewandowski, DJe-059). Com essa decisão, a Súmula 726 terá alcance mais restrito, porque só abrangerá funções exercidas fora da carreira do magistério.

utilizadas como base para as contribuições do servidor ao regime previdenciário a que estiver vinculado, correspondendo a 80% de todo o período de contribuição desde a competência de junho de 1994 ou desde o ano de início da contribuição, se posterior àquela data. Poderá até ocorrer que, nas hipóteses em que haveria integralidade (como exceção à regra da proporcionalidade), os proventos sejam menores do que nas hipóteses em que os proventos devem ser proporcionais ao tempo de contribuição. Na realidade, para a regra e para exceção, estabeleceu-se proporcionalidade. Em decorrência disso, não é possível aplicar à aposentadoria por invalidez o artigo 1º da Lei nº 10.887, sob pena de inconstitucionalidade. É o que vêm decidindo o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, havendo acórdãos que exigem proventos integrais mesmo quando a doença não esteja especificada em lei.<sup>28</sup>

A Emenda Constitucional nº 70, de 29-3-12, veio acrescentar o artigo 6º-A na Emenda Constitucional nº 41, de 2003, para determinar que “o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda Constitucional e que tenha se aposentado ou venha a se aposentar por invalidez permanente, com fundamento no inciso I do § 1º do artigo 40 da Constituição Federal, tem direito a proventos de aposentadoria calculados com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, não sendo aplicáveis as disposições constantes dos §§ 3º, 8º e 17 do artigo 40 da Constituição Federal”.

Por outras palavras, o legislador quis, com essa Emenda, permitir que os proventos de aposentadoria por invalidez do servidor que ingressou no serviço público até a data de publicação da Emenda 41/03 (31-12-03) sejam calculados com base na remuneração do cargo efetivo em que ocorrer a aposentadoria, e não com base na remuneração utilizada para cálculo das contribuições do servidor aos regimes de previdência, ficando afastada, em consequência, a aplicação dos §§ 3º, 8º e 17 do artigo 40 da Constituição. Sejam proventos integrais ou proporcionais, conforme previsto no artigo 40, I, o cálculo será efetuado com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria.

---

<sup>28</sup> A 3ª Seção do STJ pacificou o entendimento de que os proventos da aposentadoria por invalidez permanente são integrais em virtude de doença grave; em consequência, a Emenda Constitucional nº 41/03 não se aplica aos casos em questão por força do art. 40, § 1º, I, da Constituição Federal (in MS 14160-DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 3ª Seção, *DJe* 23-3-10); o mesmo entendimento foi adotado no REsp 942530-RS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. em 2-3-10, *DJe* de 26-4-10. No sentido de que o rol de doenças graves especificado em lei não é taxativo, v., além do acórdão supra, também o acórdão do mesmo Tribunal no AgRg no REsp 606089-DF, Rel. Min. Celso Limongi, 6ª Turma, j. em 11-12-09, *DJe* de 1º-2-10. No sentido de que a doença grave tem que estar especificada em lei para dar direito a proventos integrais, o STJ decidiu no AgRg no REsp 938788-RS, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 20-11-08, *DJe* de 2-2-09, e no AgRg no REsp 1024233-PR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, J. em 24-6-08, *DJe* de 4-8-08. No mesmo sentido, acórdãos do STF, in RE 175980-SP, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 20-2-98, Ementário nº 1899-3; e RE 353595, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. em 3-5-05, *Revista NDJ* v. 6, nº 68, p. 70-72.

A mesma Emenda Constitucional nº 70/12 determina que se aplica ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base no *caput* do artigo 6º-A a norma do artigo 7º da Emenda Constitucional nº 41, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos desses servidores. Isso significa que, para os servidores que ingressaram no serviço público até 31-12-03, os proventos da **aposentadoria por invalidez** e a **pensão** de seus dependentes derivadas desses proventos respeitarão a regra da paridade com a remuneração dos servidores em atividade, tal como determinado pelo artigo 7º da Emenda Constitucional nº 41/03.

Para fins de adaptação das aposentadorias já concedidas anteriormente, com base na redação dada ao § 1º do artigo 40 da Constituição, pela Emenda Constitucional nº 20/98, o artigo 2º da Emenda Constitucional nº 70 fixa o prazo de 180 dias para que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, assim como as respectivas autarquias e fundações, procedam à revisão das aposentadorias e das pensões delas decorrentes. No entanto, os efeitos financeiros dessa revisão somente se produzirão a partir da data da promulgação da Emenda Constitucional nº 70, de 29-3-12.

A Lei nº 8.112/90, que instituiu o regime jurídico único na esfera federal, indica, no artigo 186, § 1º, as doenças que ensejam a aposentadoria por invalidez, com proventos integrais.

No artigo 212 da mesma lei está definido o acidente em serviço como “o dano físico ou mental sofrido pelo servidor, que se relacione, mediata ou imediatamente, com as atribuições do cargo exercido”. O parágrafo único equipara ao acidente em serviço o dano: “I – decorrente de agressão sofrida e não provocada pelo servidor no exercício do cargo; II – sofrido no percurso da residência para o trabalho e vice-versa”.

A aposentadoria por invalidez, que está disciplinada pelos artigos 188 e 190 (alterados pela Lei nº 11.907, de 2-2-09), é precedida de licença para tratamento de saúde por período não excedente a 24 meses (art. 188, § 1º, da Lei nº 8.112/90).

A aposentadoria **compulsória** (em que a invalidez é presumida), pela redação dada ao artigo 40, § 1º, inciso II, da Constituição, pela Emenda Constitucional nº 20/98, ocorria aos 70 anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. Em consequência, somente dava direito a proventos integrais se o funcionário já tivesse completado o tempo de contribuição exigido para a aposentadoria voluntária, ou seja, 35 anos, para o homem, e 30 para a mulher.

Mas a Emenda Constitucional nº 88, de 7-5-15 (conhecida como Emenda da Bengala), alterou o artigo 40, § 1º, II, da Constituição para assim estabelecer:

“Artigo 40. ....

§ 1º.....

*II – compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar.”*

A mesma Emenda acrescentou o artigo 100 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com a seguinte redação:

*“Artigo 100. Até que entre em vigor a lei complementar de que trata o inciso II do § 1º do artigo 40 da Constituição Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União aposentar-se-ão, compulsoriamente, aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, nas condições do artigo 52 da Constituição Federal”.*

A interpretação literal do artigo 40, § 1º, II, permite concluir que, até que seja promulgada a lei complementar nele referida, não existe a aposentadoria compulsória para os servidores públicos. No entanto, é de supor que não tenha sido essa a intenção do legislador. Como parte do dispositivo já existia antes da alteração feita pela Emenda (a que fixava em 70 anos a idade para a aposentadoria compulsória e a que previa proventos proporcionais ao tempo de contribuição), entende-se que ela continua a aplicar-se pela mesma forma até que seja promulgada a lei complementar, quando poderá ser disciplinada a aposentadoria compulsória aos 75 anos de idade, mantendo-se a regra da proporcionalidade dos proventos ao tempo de contribuição. Por outras palavras, o que se introduziu de novo no dispositivo foi a frase *“ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma da lei complementar”*.

Dúvidas surgiram quanto à competência para a promulgação da lei complementar exigida pelo dispositivo: será lei complementar federal ou lei complementar de cada ente federativo, observadas as normas sobre competência para a iniciativa do projeto de lei? A Emenda nada diz. E, na realidade, se fosse intenção tornar a norma aplicável a todos os servidores, não haveria razão para exigir lei complementar ou qualquer outra medida legislativa, porque a Emenda já esgota, por si, o seu conteúdo. Duas razões ocorrem pelas quais o poder constituinte derivado exigiu lei complementar: (a) para fugir ao vício de iniciativa em matéria reservada a cada Poder; ou (b) para deixar a critério de cada ente federativo a adoção ou não da aposentadoria compulsória aos 75 anos de idade. Como a definição do regime jurídico dos servidores públicos compete a cada esfera de governo e a Emenda não exigiu lei complementar federal, a competência define-se pelas regras de distribuição que decorrem da Constituição. Não há qualquer norma constitucional que outorgue à União competência privativa no que diz respeito ao regime jurídico dos servidores públicos federais, estaduais e municipais. Pelo contrário, o artigo 61, § 1º, II “c”, somente prevê a iniciativa privativa do Presidente da República para as leis que disponham sobre “servidores públicos da União e dos Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria”. Isso significa que para os demais servidores a definição do regime jurídico compete a cada Estado, ao Distrito Federal e a cada Município.

No entanto, a Lei Complementar nº 152, de 3-12-15, veio dispor sobre “a aposentadoria compulsória por idade, com proventos proporcionais, no âmbito da União,

dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos agentes públicos aos quais se aplica o inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição Federal” (art. 1º).

O artigo 2º determina que “serão aposentados compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 75 (setenta e cinco anos) de idade: I – os servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações; II – os membros do Poder Judiciário; III – os membros do Ministério Público; IV – os membros das Defensorias Públicas; V – os membros dos Tribunais e dos Conselhos de Contas”.

A lei foi vetada, por vício de iniciativa, já que, tratando-se de matéria pertinente ao regime jurídico dos servidores, a iniciativa do projeto de lei complementar seria de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, conforme artigo 61, § 1º, inciso II, “c”. No entanto, o veto foi derrubado pelo Congresso Nacional. A menos que a lei seja objeto de ação direta de inconstitucionalidade e que esta seja julgada procedente, ela continuará em vigor.

O artigo 100 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzido pelo artigo 2º da Emenda nº 88/15, é infeliz e desastroso. O intuito expressamente declarado pelo Congresso Nacional, por meio da mídia, foi o de estender o limite de idade para aposentadoria compulsória dos Ministros do STF para impedir que a atual Presidente da República tenha o poder de indicar novos Ministros para ocupar as vagas que ocorrerem até o término do seu mandato. A exigência de aplicação do artigo 52 da Constituição Federal constitui verdadeira aberração jurídica. Dos quinze incisos do artigo 52, o único que poderia ter aplicação para atender ao disposto na parte final do artigo 100 é o inciso III, que exige aprovação prévia, por voto secreto, após arguição pública, para a escolha dos agentes públicos nele mencionados, dentre os quais não se incluem os Ministros do STF nem os Ministros dos Tribunais Superiores. A Constituição, nos artigos 101, parágrafo único, e 104, parágrafo único, exige que a nomeação dos Ministros seja feita pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, constituindo-se em exceção ao princípio da separação de poderes, mas que harmoniza a relação entre os dois Poderes, em consonância com o artigo 2º da Constituição, pelo qual os três Poderes são independentes e **harmônicos** entre si. Além de revelar **tendência** a abolir a “separação de poderes”, com a introdução de novo controle do Senado sobre membros de outros Poderes, não previsto na redação original, dada pelo constituinte originário, o dispositivo afronta a própria dignidade inerente aos cargos mais elevados do Poder Judiciário, cuja permanência até a aposentadoria compulsória aos 75 anos de idade ficará dependendo da decisão política do Senado Federal. Na realidade, a exigência afronta a dignidade das próprias instituições atingidas pelo dispositivo. Este somente tem condições de amoldar-se ao ordenamento constitucional vigente, com a exclusão, por inconstitucionalidade, da parte final do artigo 100, que condiciona a extensão do limite de idade à prévia aprovação do Senado Federal.

O Supremo Tribunal Federal, na ADI-5316, felizmente, adotou, em sede de medida cautelar, algumas decisões que não só corrigem os vícios de que se reveste

a Emenda Constitucional nº 88/15, como define alguns pontos controvertidos, que já vinham dando margem a pleitos judiciais visando à ampliação dos efeitos do artigo 2º da Emenda (que introduz o artigo 100 no ADCT) a outros cargos nela não expressamente previstos. Conforme consta do Informativo nº 786, do STF, de 22-5-15, foram as seguintes as decisões adotadas no acórdão:

*“O Plenário, por maioria, deferiu pedido de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade para: a) suspender a aplicação da expressão ‘nas condições do art. 52 da Constituição Federal’, contida no artigo 100 do ADCT, introduzido pela EC 88/2015, por vulnerar as condições materiais necessárias ao exercício imparcial e independente da função jurisdicional, ultrajando a separação dos Poderes, cláusula pétrea inscrita no art. 60, § 4º, III, da CF; b) fixar a interpretação, quanto à parte remanescente da EC 88/2015, de que o art. 100 do ADCT não pudesse ser estendido a outros agentes públicos até que fosse editada a lei complementar a que alude o art. 40, § 1º, II, da CF, a qual, quanto à magistratura, é a lei complementar de iniciativa do STF, nos termos do art. 93 da CF; c) suspender a tramitação de todos os processos que envolvessem a aplicação a magistrados do art. 40, § 1º, II, da CF e do art. 100 do ADCT, até o julgamento definitivo da ação direta em comento; e d) declarar sem efeito todo e qualquer pronunciamento judicial ou administrativo que afastasse, ampliasse ou reduzisse a literalidade do comando previsto no art. 100 do ADCT e, com base neste fundamento, assegurasse a qualquer outro agente público o exercício das funções relativas a cargo efetivo após ter completado 70 anos de idade”.*

O STF entendeu que “a nova sabatina, introduzida pela EC 88/2015, é degradante ou estreitaria a imparcialidade jurisdicional. Seria tormentoso imaginar que o exercício da jurisdição pudesse ser desempenhado com isenção quando o julgador, para permanecer no cargo, carecesse da confiança política do Poder Legislativo, cujos atos seriam muitas vezes questionados perante aquele mesmo julgador”.

Ainda no mesmo acórdão, o STF definiu o sentido da lei complementar referida no artigo 40, § 1º, da CF: no caso da magistratura, à luz da unidade do Poder Judiciário, “não haveria dúvidas de que se trataria da lei complementar nacional, de iniciativa do STF, indicada no art. 93 da CF”.

Ainda com relação à aposentadoria compulsória, existem as normas estatutárias postas pelos estatutos dos servidores públicos. Na esfera federal, o artigo 187 da Lei nº 8.112/90 estabelece que a aposentadoria compulsória é automática e será declarada por ato com vigência a partir do dia seguinte àquele em que o funcionário atingir a idade-limite. Justifica-se a norma uma vez que a idade de 70 anos cria uma presunção *juris et de jure* de incapacidade para o serviço público. Aliás, orientação nesse sentido foi firmada pela Formulação nº 78, do antigo DASP (Departamento Administrativo do Pessoal Civil), em consonância com a qual “a

aposentadoria compulsória deriva de presunção absoluta de incapacidade”. Além disso, pela Formulação nº 96, do mesmo órgão, ficou definido que “a vacância do cargo decorrente de aposentadoria compulsória ocorre no dia imediato ao em que o funcionário atingir a idade-limite”. Tais formulações ainda têm aplicação, porque inteiramente compatíveis com o direito positivo atualmente em vigor.

O mesmo se diga em relação às Formulações 187, 188 e 270. A primeira firmou o entendimento de que “a aposentadoria compulsória se rege pela lei vigente no dia em que o funcionário completa os 70 anos”; a segunda estabelece que “a aposentadoria compulsória do funcionário implica, também, na exoneração do cargo em comissão”; por último, a de nº 270 firmou a tese de que “o tempo que o funcionário permanece em atividade após completar 70 anos de idade não é computável para nenhum efeito”.

Com relação à **aposentadoria voluntária**, que ocorre a pedido, é preciso distinguir quatro situações: (a) a do servidor já aposentado e do que já completou os requisitos para aposentadoria até a data da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 41/03; (b) a do servidor que ingressou ou vier a ingressar no serviço público, em cargo efetivo, a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 41/03; (c) a do servidor que ingressou até 16-12-98 (data da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 20/98); e (d) a do servidor que ingressou até a data de publicação da Emenda Constitucional nº 41/03 (31-12-03).

Pode-se afirmar que a primeira situação é a que já estava consolidada antes da reforma previdenciária; a segunda situação é a que se pretende seja permanente, valendo para os futuros servidores que ingressaram ou vieram a ingressar no serviço público a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 41/03 (31-12-03); e a terceira e a quarta são transitórias, porque definem os direitos dos atuais servidores.

### 1. Servidor já aposentado ou que completou os requisitos para aposentadoria voluntária até a publicação da Emenda Constitucional nº 41/03

Os servidores já aposentados ou que completaram os requisitos para aposentadoria voluntária até a data da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 41/03, seja com base no artigo 40, em sua redação original, seja com base na redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, seja com base nas disposições transitórias dessa mesma Emenda, têm garantido o direito aos proventos integrais ou proporcionais, conforme o caso, com aplicação do teto previsto no artigo 37, XI, da Constituição. O cálculo dos proventos se faz de acordo com a legislação vigente à época em que foram atendidos os requisitos para aposentadoria. É o que estabelece o artigo 3º, *caput* e § 2º da Emenda Constitucional nº 41/03. Pelo § 1º do mesmo dispositivo, se tiver completado os requisitos para aposentadoria e tiver, no mínimo, 25 anos de contribuição, se mulher, ou 30, se homem, mas optar por permanecer em atividade, fará jus a um **abono de permanência** equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar os requisitos para aposentadoria compulsória.

## 2. Servidor que ingressou após a Emenda Constitucional nº 41/03

Quanto ao servidor que ingressou ou vier a ingressar no serviço público, em cargo efetivo da União, Estados, Distrito Federal, Municípios ou em suas autarquias e fundações, após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 41/03, não há opção: ele estará sujeito às regras de aposentadoria estabelecidas pelo artigo 40, §§ 1º, 4º e 5º, com proventos a serem definidos em lei, na forma do § 3º do mesmo dispositivo, e possibilidade de limitação ao montante estabelecido para o regime geral de previdência social de que trata o artigo 201, desde que instituída a previdência complementar.

A aposentadoria voluntária, para esses servidores, ocorre a pedido 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 contribuições, 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.

Conforme se verifica pelo artigo 40, § 1º, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, passaram a ser quatro os requisitos para aposentadoria voluntária com **proventos integrais**:

- a) tempo de efetivo serviço público: 10 anos;
- b) tempo de serviço no **cargo efetivo** em que se dará a aposentadoria: 5 anos;
- c) **idade mínima**: 60 anos, para o homem, e 55, para a mulher;
- d) **tempo de contribuição**: 35 anos para o homem e 30 para a mulher.

Em consonância com o § 3º do mesmo dispositivo, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/03, a forma de cálculo dos proventos será definida em lei, devendo levar em consideração as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor ao regime de previdência. E, nos termos do § 17, todos os valores de remuneração considerados para o cálculo do benefício previsto no § 3º serão devidamente atualizados, na forma da lei. A matéria foi disciplinada pela Lei nº 10.887, de 18-6-04 (art. 1º), aplicável, nessa parte, à União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Para **aposentadoria voluntária com proventos proporcionais**, mantêm-se os dois primeiros requisitos, referentes ao tempo de serviço público e ao tempo no cargo efetivo, com alterações quanto aos dois outros requisitos: a **idade mínima** passa a ser de 65 anos para o homem e 60 para a mulher; não se exige um tempo mínimo de contribuição, porém os proventos serão proporcionais ao tempo de contribuição; evidentemente, essa proporcionalidade incide sobre os proventos, tal como definidos em lei, na forma do artigo 40, § 3º ou sobre o limite estabelecido para o regime geral de previdência, desde que instituída a previdência complementar.

As hipóteses de **aposentadoria especial** mantidas pelas Emendas Constitucionais n<sup>os</sup> 20/98, 41/03 e 47/05 referem-se apenas aos casos de servidores: “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” (art. 40, § 4<sup>o</sup>); bem como às funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, em que os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos (art. 40, § 5<sup>o</sup>). Também não foram mantidas as aposentadorias especiais dos membros da Magistratura, do Ministério Público e dos Ministros do Tribunal de Contas; suas aposentadorias passaram a reger-se pelas normas do artigo 40, conforme redação dada pela Emenda n<sup>o</sup> 20 aos artigos 73, § 3<sup>o</sup>, e 93, inciso VI, da Constituição, este último aplicado ao Ministério Público por força do artigo 129, § 4<sup>o</sup>.

Na falta da lei complementar prevista no artigo 40, § 4<sup>o</sup>, foi interposto Mandado de Injunção, no qual o Supremo Tribunal Federal supriu a omissão legislativa, estendendo aos servidores públicos a norma do artigo 57, § 1<sup>o</sup>, da Lei n<sup>o</sup> 8.213/91.<sup>29</sup>

Para incentivar a permanência do servidor no serviço público, o § 19 do artigo 40, introduzido pela Emenda n<sup>o</sup> 41/03, garante ao servidor que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1<sup>o</sup>, III, *a*, e que opte por permanecer em atividade, o direito a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória, contidas no § 1<sup>o</sup>, II.

### 3. Servidor que ingressou antes da Emenda Constitucional n<sup>o</sup> 20/98

Para tais servidores, é possível a opção entre duas hipóteses:

- a) aposentar-se nas condições do artigo 40, § 1<sup>o</sup>, III, “a” acima expostas, com proventos fixados na forma do § 3<sup>o</sup>, com possibilidade de aplicação do limite estabelecido para o regime geral de previdência social, desde que instituída a previdência complementar; ou

<sup>29</sup> “TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS – PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR – INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR – ARTIGO 40, § 4<sup>o</sup>, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral – artigo 57, § 1<sup>o</sup>, da Lei n<sup>o</sup> 8.213/91” (MI 721/DF – Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 30-8-07). Ao seguir a orientação fixada no julgamento do MI 721/DF (*DJe* de 30-11-07), na apreciação do MI 795/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, em 15-4-09, o STF autorizou que os Ministros decidam monocrática e definitivamente os casos idênticos para reconhecer a mora legislativa e suprir a falta da norma regulamentadora a que se refere o art. 40, § 4<sup>o</sup>, da CF aplicando aos casos, no que couber, o art. 57 da Lei n<sup>o</sup> 8.213/91. No MI 1.967, Rel. Min. Celso de Mello, em decisão monocrática, j. em 24-5-11, *DJE* de 27-5-11, entendeu também ocorrer mora inconstitucional provocada por injusta omissão na regulamentação do art. 40, § 4<sup>o</sup>, da Constituição, geradora de lesividade a portadores de deficiência, sendo possível a interferência do Judiciário para garantir o direito à aposentadoria. No mesmo sentido, RMS 22.567-MT, Rel. Min. Og Fernandes, do STJ, *DJE* de 11-5-11.

- b) aposentar-se com observância de menos requisitos do que os estabelecidos pelo artigo 40, § 1º, III, *a*, porém com aplicação de redutor sobre os proventos.

Essa possibilidade existe, com base no artigo 2º da Emenda nº 41/03, quando o servidor, cumulativamente:

- I – tiver 53 anos de idade, se homem, e 48 anos de idade, se mulher;
- II – tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria;
- III – contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de: (a) 35 anos, se homem, e 30 anos, se mulher; e (b) um período adicional de contribuição equivalente a 25% do tempo que, na data de publicação daquela Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea *a* desse mesmo inciso.

Em consonância com o § 1º do mesmo dispositivo, os proventos, nesse caso, serão reduzidos na proporção de 3,5% ou de 5%, conforme os requisitos sejam preenchidos até 31-12-05, ou a partir de 1º-1-06, respectivamente.

Para os membros da Magistratura e do Ministério Público, bem como para os professores (estes últimos desde que aposentados exclusivamente com tempo de efetivo exercício nas funções de magistério), o tempo de serviço exercido até a data da publicação da Emenda nº 20/98 será contado com acréscimo de 17%.

Essa categoria de servidores abrangidos pelo artigo 2º da Emenda nº 41/03 também faz jus ao abono de permanência se, após completar as exigências para aposentadoria voluntária, optar por permanecer em atividade (§ 5º do mesmo dispositivo).

Para eles, não é garantida a paridade entre os seus proventos e os vencimentos dos servidores em atividade, mas apenas o reajustamento dos benefícios previsto no § 8º do artigo 40, para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei. É o que estabelece o artigo 2º, § 6º da Emenda nº 41/03.

#### **4. Servidor que ingressou no serviço público antes da Emenda Constitucional nº 41/03**

Esta última categoria de servidor tem quatro opções que decorrem do artigo 6º da Emenda nº 41/03 e uma que decorre do artigo 3º da Emenda Constitucional nº 47/05:

- a) aposentar-se segundo as normas do artigo 40, com proventos fixados de acordo com o § 3º do mesmo dispositivo, e possibilidade de observância do limite estabelecido para o regime geral de previdência, quando instituída a previdência complementar;

- b) aposentar-se com base no artigo 2º da Emenda Constitucional nº 41/03, com proventos reduzidos pela aplicação do redutor de 3,5% ou 5%, conforme o caso, correspondente a cada ano de antecipação em relação aos requisitos de idade;
- c) aposentar-se com proventos integrais, correspondentes à remuneração do cargo em que se aposentou (observado o teto estabelecido pelo inciso XI do artigo 37), desde que o servidor preencha cumulativamente as seguintes condições:
  - I – 60 anos de idade, se homem, e 55, se mulher;
  - II – 35 anos de contribuição, se homem, e 30, se mulher;
  - III – 20 anos de efetivo exercício no serviço público;
  - IV – 10 anos de carreira e 5 anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria;
- d) aposentar-se com proventos integrais desde que preencha cumulativamente as seguintes condições:
  - I – 35 anos de contribuição, se homem, e 30, se mulher;
  - II – 25 anos de efetivo exercício no serviço público, 15 anos de carreira e 5 anos no cargo em que se der a aposentadoria;
  - III – idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do artigo 40, § 1º, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do *caput* deste artigo.

Para os servidores que fizerem a terceira ou quarta opção, aplica-se a regra do artigo 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003 (direito à revisão de proventos e pensão, em igualdade de condições com os servidores em atividade). É o que estabelecem o artigo 2º e o parágrafo único do artigo 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 2005.

Esses servidores fazem jus ao abono de permanência se optarem pela aposentadoria com base no artigo 40 da Constituição, ou com base no artigo 2º da Emenda Constitucional nº 41/03 (duas primeiras opções).

#### 13.4.7.5 VALOR DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA E DAS PENSÕES

Pelo exposto no item anterior, verifica-se que haverá diferentes valores para os proventos de aposentadoria:

- a) os servidores já aposentados e os que já completaram os requisitos para aposentadoria voluntária na data da Emenda Constitucional nº 41/03,

seja com base no artigo 40, em sua redação original, seja com base na redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, seja com base nas disposições transitórias dessa mesma Emenda, como visto no item anterior, têm garantido o direito aos proventos integrais ou proporcionais, conforme o caso, com aplicação do teto previsto no artigo 37, XI;

- b) os servidores que ingressarem no serviço público após a publicação da Emenda Constitucional nº 41/03 terão os proventos calculados na forma a ser definida em lei de cada esfera de governo, podendo sujeitar-se ao limite estabelecido para o regime geral de previdência, desde que instituída a previdência complementar; a norma geral sobre o cálculo dos proventos consta do artigo 1º da Lei nº 10.887/04, obrigatória, nessa parte, em âmbito nacional;
- c) os servidores que ingressaram no serviço público até a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 20/98, e ainda não completaram os requisitos para aposentadoria na data da publicação da Emenda nº 41/03, receberão os proventos na forma do item anterior ou, se preferirem, farão jus a proventos integrais com aplicação do redutor de 3,5% (se aposentados até 31-12-05) ou de 5% (se aposentados posteriormente a essa data), desde que observem os requisitos estabelecidos pelo artigo 2º da Emenda Constitucional nº 41/03;
- d) os servidores que ingressarem no serviço público até a publicação da Emenda Constitucional nº 41/03, e ainda não completaram, nessa data, os requisitos para aposentadoria, receberão os proventos na forma do item b, ou, se preferirem, na forma do item c, ou, ainda, com proventos integrais, desde que cumpram os requisitos previstos no artigo 6º da referida Emenda ou no artigo 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 2005.

Com relação à **pensão**, o artigo 3º, da Emenda Constitucional nº 41/03, garante o direito ao montante estabelecido em consonância com as normas anteriores a sua entrada em vigor. A norma harmoniza-se com o entendimento do STF, ao decidir que “a pensão é regida pela norma em vigor na data do falecimento do servidor, presente o ato jurídico aperfeiçoado”.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> AgRg na Suspensão de liminar 16/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ de 9-3-07, p. 26. No mesmo sentido, acórdão proferido no RE 273.570/MA, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 5-5-06, p. 19: “Pensão – Proventos – Vencimentos – Valor. A teor do § 5º do art. 40 da Carta Política da República, a pensão corresponde a ‘totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido’. Eis o mandamento constitucional a sofrer temperamento próprio a legitimidade quantitativa da parcela. O que se contém na parte final do preceito outro sentido não possui senão o de enquadrar o valor da pensão nos limites próprios aos proventos e vencimentos, sob pena de submissão da regra asseguradora da totalidade referida ao legislador ordinário.” Jurisprudência citada por Deborah Fialho Ribeiro Glória (2009:67-68).

Daí a necessidade de distinguir diferentes situações. Se o óbito ocorreu antes da Emenda Constitucional nº 20/98, aplica-se o artigo 40, § 5º, em sua redação original: “O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior.” O “parágrafo anterior”, referido no dispositivo, proibia que os proventos de aposentadoria e pensão excedessem a remuneração do servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão.

O entendimento do STF é no sentido de que o § 5º era autoaplicável, correspondendo a pensão à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido.<sup>31</sup>

Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 20/98, o § 7º veio assim determinar: “Lei disporá sobre a concessão do benefício da pensão por morte, que será igual ao valor dos proventos do servidor falecido ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento, observado o disposto no § 3º”. Este último, por sua vez, estabelecia que “os proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria”.

Por sua vez, o § 8º do artigo 40 garantia a paridade da pensão (e também dos proventos de aposentadoria), com os vencimentos dos servidores em atividade.

Vale dizer que a pensão continuou a corresponder à totalidade da remuneração do servidor falecido, sendo calculada sobre a remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria. Se o servidor estava aposentado por ocasião do falecimento, a pensão era calculada com base na totalidade dos proventos. Além disso, o pensionista fazia jus à paridade com os servidores em atividade.

A situação mudou com a Emenda Constitucional nº 41/03.

Para as pensões cujo direito foi ou vier a ser adquirido após a entrada em vigor dessa Emenda, aplica-se a norma do § 7º do artigo 40, que remete à lei a fixação do montante do benefício, que será igual: I – à totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o artigo 201, acrescido de 70% da parcela excedente a este limite, caso aposentado à data do óbito; ou II – ao valor total 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 de que trata o art. 201, acrescido de 70% da parcela excedente a este limite, caso em atividade na data do óbito.

Por sua vez, a regra da paridade foi substituída pela norma do § 8º, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 41: “É assegurado o reajustamento

---

<sup>31</sup> RE 220.827, Min. Maurício Corrêa, DJ de 20-3-98; RE 220.713/RS, Min. Sydney Sanches, DJ de 13-2-98; RE-AgR 255.550/CE, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 10.11.00; AgR 265.373, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 2-2-01.

dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.”

Para a pensão dos dependentes dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, o artigo 42, § 2º, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/03, manda aplicar o que for fixado em lei específica do respectivo ente estatal.

Para dar cumprimento aos dispositivos constitucionais, foi promulgada a Lei nº 10.887, de 18-6-04. Com relação à pensão, o artigo 2º repete a norma do artigo 40, § 7º, da Constituição. No parágrafo único, manda aplicar ao valor das pensões o limite previsto no artigo 40, § 2º, da Constituição, que veda que os proventos de aposentadoria e a pensão excedam a remuneração do servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão.

#### 13.4.7.6 DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

A Emenda Constitucional nº 20, que introduziu inúmeras alterações no regime previdenciário, em especial o do servidor público, trouxe em seu bojo algumas normas de transição, que visam assegurar tratamento diferenciado aos servidores e aos segurados do regime geral de previdência social que já estivessem em atividade na data da entrada em vigor da Emenda. A maior parte das normas não assegura direitos que já tivessem sido adquiridos anteriormente, mas protege, na realidade, expectativas de direito, exatamente para evitar a mudança brusca e sempre traumática para aqueles que, ao entrarem em atividade, contavam com regime previdenciário diverso.

As principais normas de transição são as seguintes:

- a) o artigo 3º, que assegurou o direito à concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação da Emenda, tivessem completado os requisitos para obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente; nesse caso, a norma é supérflua, porque está protegendo direitos adquiridos já protegidos pela norma do artigo 5º, XXXVI, da Constituição; tem, contudo, o condão de evitar qualquer tipo de controvérsia a esse respeito; nesse caso, os proventos são calculados de acordo como as normas vigentes à época em que foi completado o requisito para aposentadoria ou pensão (art. 3º, § 2º);
- b) o § 1º do artigo 3º, que prevê isenção da contribuição previdenciária, até completar as exigências para aposentadoria contidas no artigo 40, § 1º, III, *a*, ao servidor nas condições do artigo 3º que opte por continuar em atividade (§ 1º do art. 3º); como a Constituição ampliou os requisitos para a aposentadoria com proventos integrais, houve por bem o legislador constituinte outorgar um incentivo consistente em isenção

de contribuição, para que o servidor que já tenha completado o tempo para aposentadoria segundo as normas anteriores continue a trabalhar até completar os novos requisitos;

- c) o § 3º do artigo 3º, que mantém todos os direitos e garantias assegurados nas disposições constitucionais vigentes à data da publicação da Emenda aos servidores e militares, inativos e pensionistas, anistiados e ex-combatentes, e aos que já cumpriram, até aquela data, os requisitos para usufruírem tais direitos, observado o disposto no artigo 37, XI, da Constituição Federal; vale dizer que os direitos são respeitados, porém com observância do teto previsto no artigo 37, XI;
- d) o artigo 4º, que permite a contagem, como tempo de contribuição, do tempo de serviço considerado para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, com a única ressalva para a contagem de tempo de contribuição fictício, vedada pelo artigo 40, § 10; como a Emenda está incluindo requisito novo para aposentadoria, referente ao **tempo de contribuição**, foi preciso considerar como tal o tempo de serviço já prestado anteriormente pelo servidor, sob pena de impor-se ao mesmo condições que, em determinadas situações de longo tempo de serviço já prestado, tornariam difícil ou mesmo inviável a aposentadoria; apenas se vedou seja considerado como tempo de contribuição o tempo de serviço ficto;
- e) o artigo 8º, *caput* (depois revogado pela Emenda Constitucional nº 41/03), que, ressalvado o direito à opção pela aposentadoria segundo as novas regras do artigo 40, assegura ao servidor que tenha ingressado em cargo público efetivo antes da publicação da Emenda, mas que ainda não tenha completado os requisitos para aposentadoria, o direito de aposentar-se com proventos integrais desde que observados os seguintes requisitos cumulativamente:
  - 1º) tenha 53 anos de idade, o homem, e 48, a mulher;
  - 2º) tenha 5 anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria;
  - 3º) conte tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de: (a) 35 anos, se homem, e 30 anos, se mulher; e (b) um período adicional de contribuição equivalente a 25% do tempo que, na data da publicação da Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior; para esse fim, é aplicado o artigo 4º da Emenda, que considera como tempo de contribuição o tempo de serviço público já cumprido.

Para o segurado filiado ao regime geral da previdência social, o mesmo direito é assegurado pelo artigo 9º, com os mesmos requisitos de idade e de tempo de contribuição; só não há a exigência, estabele-

cida para o servidor, de 5 anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria, tendo em vista, como é óbvio, que para o segurado da previdência social os proventos são calculados em função do salário de contribuição, sendo irrelevante a função que exercia por ocasião da aposentadoria. Também para o professor filiado a esse regime previdenciário, a norma de transição estabelecida no § 2º do artigo 9º é igual à estabelecida para o professor filiado ao regime previdenciário do servidor ocupante de cargo efetivo.

- f) o artigo 8º, § 1º (também revogado pela Emenda Constitucional nº 41/03), que assegura ao servidor nas condições mencionadas no item anterior, o direito à aposentadoria com **proventos proporcionais** correspondentes a 70% do valor da aposentadoria integral, acrescido de 5% por ano de contribuição que supere a soma do tempo de contribuição e da idade, desde que preencha os seguintes requisitos:
- 1º) 53 anos de idade, o homem, e 48, a mulher;
  - 2º) 5 anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria;
  - 3º) tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de: (a) 30 anos de contribuição, o homem, e 25, a mulher; e (b) um período adicional de contribuição equivalente a 40% do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior; para esse fim, também é aplicado o artigo 4º da Emenda;
- g) os §§ 2º e 3º do artigo 8º (revogados pela Emenda Constitucional nº 41/03), que asseguram os mesmos direitos previstos nos dois itens anteriores aos Magistrados, Membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas, com a diferença de que o tempo de serviço exercido até a publicação da Emenda será contado com o acréscimo de 17%, se se tratar de homem (art. 8º, §§ 2º e 3º); a diferença de tratamento para o homem se justifica porque, antes da Emenda, o tempo de serviço para aposentadoria era de 30 anos para os servidores de ambos os sexos; para a mulher mantém-se o mesmo período de 30 anos (agora de contribuição) e, para o homem, eleva-se em 5 anos;
- h) O § 4º do artigo 8º (revogado pela Emenda Constitucional nº 41/03), segundo o qual o professor, servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que, até a data da publicação da Emenda, tenha ingressado regularmente em cargo efetivo de magistério e opte pela aposentadoria na forma do disposto no *caput* do artigo 8º, terá o tempo de serviço exercido até a publicação da Emenda contado com o acréscimo de 17%, se homem, e de 20%, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício nas funções de magistério; por outras palavras, o servidor público que já ocupasse, antes da Emenda nº 20, cargo efetivo

de Professor, tem as seguintes opções, se ainda não havia completado o tempo de aposentadoria voluntária previsto no artigo 40 da Constituição, em sua redação original: (1ª) tem direito de aposentar-se com proventos integrais, quando cumpridos os requisitos previstos no artigo 8º, I, II e III, hipótese em que o tempo de serviço prestado anteriormente à Emenda é contado com acréscimo de 17% para homem e 20% para mulher; (2ª) opta pela nova aposentadoria tal como prevista no artigo 40, §§ 1º e 4º, hipótese em que ficará isento de contribuição a partir do momento em que completar os requisitos do artigo 8º e até o momento em que completar os requisitos do artigo 40, § 1º, III, *a* (art. 8º, § 5º).

Para o professor vinculado ao regime geral de previdência social, o artigo 9º, § 2º, repete a norma constante do artigo 8º, § 4º, com o mesmo acréscimo de 17% e 25% do tempo de serviço, conforme se trate de homem ou de mulher, e com igual exigência de que a aposentadoria se dê exclusivamente com tempo de efetivo exercício de atividade no magistério.

Todas as pessoas que cumprirem os requisitos constantes das disposições transitórias mencionadas, até a data da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 41/03, têm direito adquirido aos respectivos benefícios. Pela Súmula nº 359, do STF, *“ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários”*.

Na Emenda Constitucional nº 41/03, em seu artigo 3º, são garantidos todos os direitos adquiridos até a data de sua publicação, com base nos critérios da legislação então vigente, no que diz respeito à aposentadoria e à pensão. É de difícil compreensão o § 2º desse artigo, quando diz que os proventos, sejam integrais ou proporcionais, e a pensão serão calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidos os requisitos nela estabelecidos *“ou nas condições da legislação vigente”*. Em se tratando de *direito adquirido*, os proventos e a pensão têm que ser calculados com respeito aos benefícios já incorporados ao patrimônio do servidor à época em que completou os respectivos requisitos, sem prejuízo de outros adquiridos posteriormente. Não há como separar o direito à aposentadoria (integral ou proporcional) e à pensão do benefício pecuniário correspondente. Ainda que se altere a legislação, a integralidade ou a proporcionalidade, conforme o caso, têm que ser respeitadas. Em consequência, a frase final do dispositivo, ao fazer referência às *“condições da legislação vigente”*, tem que ser entendida no sentido de que outras vantagens podem ser acrescentadas àquelas a que já fazia jus o servidor na data de publicação da Emenda.

Também tem que ser respeitada a paridade dos proventos e da pensão com os vencimentos e demais vantagens concedidos aos servidores em atividade, seja para os benefícios já concedidos na data da Emenda Constitucional nº 41/03, seja para os que já completaram os requisitos para obtenção da aposentadoria ou da pensão, nos

termos do artigo 3º. A Emenda Constitucional nº 47/05 estende o mesmo benefício aos que ingressaram no serviço público até 16-12-98 (data da entrada em vigor da Emenda nº 20/98) e que tenham cumprido os requisitos previstos no artigo 6º da Emenda Constitucional nº 41/03 ou no artigo 3º da Emenda Constitucional nº 47/05.

Ainda são de caráter transitório os artigos 4º, 8º e 9º da Emenda nº 41/03. O primeiro estabelece a forma de contribuição dos atuais inativos e pensionistas, bem como dos servidores que completaram os requisitos para obtenção dos benefícios antes da referida Emenda. O artigo 8º define o montante do teto salarial, enquanto não for definido o valor do subsídio de que trata o artigo 37, XI. E o artigo 9º prevê a aplicação do disposto no artigo 17 do ADCT aos vencimentos, remuneração, subsídios, proventos, pensão ou qualquer outra espécie remuneratória percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza. Na realidade, o dispositivo veda a invocação de direito adquirido por quem esteja recebendo em desacordo com a Emenda Constitucional nº 41/03.

Como a própria Emenda garante, no artigo 3º, os direitos adquiridos à aposentadoria e pensão, o artigo 9º tem em vista especificamente o novo teto salarial estabelecido pelo artigo 37, inciso XI.

Também são de natureza transitória os artigos 2º e 6º, já comentados no item 13.4.7.4.

#### 13.4.7.7 PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

A Emenda Constitucional nº 20, no artigo 40, § 14, veio outorgar à União, Estados, Distrito Federal e Municípios a possibilidade de instituírem regime de previdência complementar para os seus servidores titulares de cargo efetivo, ou seja, para os que se sujeitam ao regime do artigo 40. A instituição não é obrigatória, ficando a critério de cada ente federativo. Quando instituído o regime de previdência complementar, poderão tais servidores ficar sujeitos ao limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o artigo 201, seja para os proventos de aposentadoria, seja para a pensão por morte. O limite máximo é o estabelecido no artigo 5º da Emenda nº 41/03, no montante de R\$ 2.400,00, atualizado anualmente pelo Governo Federal.

A ideia é de que a previdência social, como encargo do Poder Público, remanesça apenas para cobrir os benefícios limitados a esse valor, ficando para a previdência complementar a cobertura de valores maiores. Cada ente governamental tem competência própria para instituir o regime, mediante lei de iniciativa do Poder Executivo (art. 40, § 15, com a redação dada pela Emenda nº 41/03).

Essa previdência complementar, disciplinada pela Lei Complementar nº 109, de 29-5-01, somente é possível para os servidores que ingressarem no serviço público após a instituição do novo regime; para os demais, dependerá de sua expressa opção (art. 40, § 16, da Constituição).

O § 15 do artigo 40 manda que a lei complementar que venha a dispor sobre a matéria observe o artigo 202. Pelas várias normas contidas nesse dispositivo e em seus parágrafos, tiram-se as seguintes conclusões, aplicáveis a ambos os regimes previdenciários:

- a) trata-se de regime de previdência pública, de caráter complementar, e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social e ao regime de previdência próprio do servidor público;
- b) a previdência complementar é administrada por intermédio de entidade fechada de previdência complementar, de natureza pública;
- c) a instituição do benefício é facultativa para todos os entes governamentais, baseando-se na constituição de reservas que garantam o benefício contratado e disciplinado por lei complementar (art. 202, *caput*); o fato de a União instituir o regime não obriga os Estados e Municípios a instituírem também;
- d) enquanto não instituído, não pode ser aplicado o limite estabelecido para o regime geral de previdência de que trata o artigo 201 (art. 40, § 14);
- e) para os servidores que ingressarem no serviço público antes da instituição do regime de previdência complementar, a aplicação desse regime só pode ser feita mediante prévia e expressa opção (§ 16 do art. 40);
- f) União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista, empresas públicas e outras entidades públicas não podem aportar recursos às entidades de previdência privada, salvo na qualidade de patrocinador, hipótese em que sua contribuição não poderá exceder a do segurado (art. 202, § 3º); neste caso, a relação entre os entes públicos e as entidades de previdência privada será regulada por lei complementar, que estabelecerá também os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação; essa lei complementar aplicar-se-á, no que couber, às empresas permissionárias ou concessionárias de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada (art. 202, §§ 4º e 5º).

Na esfera federal, o regime de previdência complementar foi instituído pela Lei nº 12.618, de 30-4-12, alterada pela Lei nº 13.183/15, abrangendo os servidores públicos titulares de cargo efetivo da União, suas autarquias e fundações, inclusive para os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público da União e do Tribunal de Contas da União. Isso significa que o limite máximo do benefício a cargo da União (igual ao estabelecido para o Regime Geral de Previdência Social – RGPS) será

obrigatório para os que ingressarem no serviço público a partir do início da vigência do regime de previdência complementar e para os que, mesmo tendo ingressado antes da instituição do mesmo regime, façam a opção pelo mesmo no prazo de 24 meses (§ 7º do art. 3º).

Para estimular essa opção, o artigo 3º, § 1º, da lei prevê um benefício especial calculado com base nas contribuições recolhidas ao regime de previdência próprio do servidor (tal como definido nos §§ 2º a 4º do mesmo dispositivo), atualizado pelo mesmo índice aplicável ao benefício de aposentadoria ou pensão mantido pelo RGPS (§ 6º), além do direito à compensação financeira de que trata o § 9º do artigo 201 da Constituição (contagem recíproca de tempo na Administração Pública e na atividade privada).

O § 8º do artigo 3º estabelece que o exercício da opção pelo regime de previdência complementar é irrevogável e irretroatável, não sendo devida pela União e suas autarquias e fundações públicas qualquer contrapartida referente ao valor dos descontos já efetuados sobre a base de contribuição acima do limite previsto no *caput* do dispositivo.

A Lei nº 12.618/12 estabelece normas sobre os planos de benefícios, abrangendo os recursos garantidores e as contribuições.

A mesma lei ainda autorizou a União a criar as entidades fechadas de previdência complementar com a finalidade de administrar e executar planos de benefícios de caráter previdenciário (art. 4º), a saber, a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo (Funpresp-Exe),<sup>32</sup> a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público do Poder Legislativo (Funpresp-Leg) e a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário (Funpresp-Jud). Pelo § 1º do mesmo dispositivo, tais entidades serão estruturadas na forma de fundação de natureza pública, com personalidade jurídica de direito privado e gozarão de autonomia administrativa, financeira e gerencial.

#### 13.4.7.8 CONTAGEM DE TEMPO PARA APOSENTADORIA

Quanto à contagem de tempo, o artigo 40, § 9º, determina que “o tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade”. A diversidade de redação no que se refere à contagem para aposentadoria e para disponibilidade permite a conclusão de que, para a primeira, só pode ser computado o tempo de contribuição e, para a segunda, o tempo de serviço público, independentemente de contribuição. A distinção se justifica porque a aposentadoria passou a ser benefício de natureza previdenciária, o mesmo não ocorrendo com a disponibilidade, que constitui garantia

<sup>32</sup> Pelo Decreto nº 7.808, de 20-9-12, foi criada a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo – Funpresp-Exe.

do servidor estável, em caso de extinção ou desnecessidade do cargo, assegurada com *remuneração proporcional ao tempo de serviço*, nos expressos termos do artigo 41, § 3º.

O § 10 do artigo 40, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 20, determina que “*a lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício*”. É comum a legislação estabelecer como tempo de serviço público aquele exercido em atividades que não têm essa natureza, como o tempo de estágio, de advocacia em caráter privado, de serviço considerado relevante etc. Essa contagem não está proibida pelo novo dispositivo constitucional; o que ele veda é que seja considerado esse tempo como sendo de contribuição; para o requisito referente ao **tempo de contribuição** a contagem ficta não é admitida.

Ainda sobre a contagem de tempo, há a norma do artigo 201, § 9º, da Constituição, segundo a qual “*para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei*”. A compensação financeira está disciplinada pela Lei nº 9.796, de 5-5-99, e regulamentada pelo Decreto nº 3.112, de 6-7-99.

Essa contagem já era prevista na legislação ordinária (Lei nº 6.226, de 14-7-75), com alterações posteriores, cujos interstícios desapareceram com a entrada em vigor da Constituição. A Lei nº 8.112/90, no artigo 103, inciso V, determina que será contado apenas para efeito de aposentadoria e disponibilidade “o tempo de serviço em atividade privada, vinculada à Previdência”, nenhuma exigência fazendo quanto a interstício.

A Lei nº 9.711, de 20-11-98, alterou a redação do artigo 94 da Lei nº 8.213, de 24-6-91, para determinar que “para efeito dos benefícios previstos no Regime Geral de Previdência Social ou no serviço público é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na atividade privada, rural e urbana, e do tempo de contribuição ou de serviço na administração pública, hipótese em que os diferentes sistemas de previdência social se compensarão financeiramente”.

Diante das alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 20, que exigem, para aposentadoria voluntária, **10 anos de efetivo exercício no serviço público** (art. 40, § 1º, III), volta a haver o interstício; ou seja, para o servidor contar, para fins de aposentadoria voluntária, o tempo de contribuição na atividade privada, terá que ter completado 10 anos de efetivo exercício no serviço público. Essa condição não existe nas aposentadorias por invalidez e compulsória.

No caso de aposentadoria com base no artigo 6º da Emenda nº 41/03, o tempo de permanência no serviço público é de 20 anos.

### 13.4.8 ESTABILIDADE

Tradicionalmente, a estabilidade, no direito brasileiro, tem sido entendida como a garantia de permanência no serviço público assegurada, após dois anos de

exercício, ao servidor nomeado por concurso, que somente pode perder o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.

Excepcionalmente, a Constituição de 1988, a exemplo de Constituições anteriores, conferiu estabilidade a servidores que não foram nomeados por concurso, desde que estivessem em exercício na data da promulgação da Constituição há pelo menos cinco anos continuados (art. 19 das Disposições Transitórias). O benefício somente alcançou os servidores públicos civis da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, da **Administração Direta, autarquias e fundações públicas**. Excluiu, portanto, os empregados das fundações de direito privado, empresas públicas e sociedades de economia mista. O reconhecimento de estabilidade a esses servidores não implicou **efetividade**, porque esta só existe com relação a **cargos** de provimento por concurso; a conclusão se confirma pela norma do § 1º do mesmo dispositivo, que permite a contagem de serviço prestado pelos servidores que adquiriram essa estabilidade excepcional, “como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei”.

O dispositivo excluiu do direito a essa estabilidade os professores universitários, os ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, além dos que a lei declara de livre exoneração; no entanto, o tempo de serviço em cargo ou função de confiança poderá ser contado para fins de estabilidade, desde que seu ocupante seja servidor.

Isto significa que a Administração Pública possui dois tipos de servidores estáveis: os que foram nomeados por concurso público e cumpriram o período de estágio probatório de dois anos; e os que adquiriram a estabilidade excepcional, independentemente de concurso, em decorrência de benefício concedido pelas várias Constituições. As duas categorias têm igual garantia de permanência no serviço público: só podem perder seus cargos, empregos ou funções por sentença judicial transitada em julgado ou processo administrativo em que tenham assegurada ampla defesa.

A Emenda Constitucional nº 19/98 trouxe algumas alterações nessa sistemática, a saber:

- a) a estabilidade somente se adquire após três anos de efetivo exercício (art. 41, *caput*), ressalvado, para os que já eram servidores na data da promulgação da Emenda, o direito a adquirirem estabilidade no prazo de dois anos (art. 28 da Emenda);
- b) a aquisição de estabilidade depende de avaliação de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa (art. 41, § 1º, III);
- c) previu mais duas hipóteses de perda do cargo pelo servidor estável: (1ª) uma que ocorrerá mediante “procedimento administrativo de avaliação de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa” (art. 41, § 1º, III); o dispositivo não é autoaplicável, uma vez

que depende de lei complementar que discipline a matéria; portanto, a perda da estabilidade, até que saia essa lei, continua a depender de sentença judicial ou procedimento disciplinar, em que seja assegurada ampla defesa; (2ª) outra que ocorrerá se não for cumprido o limite com despesa de pessoal previsto no artigo 169, § 4º, disciplinado pela Lei Complementar nº 101, de 4-5-01. A perda do cargo, nesse caso, só poderá ocorrer depois que houver a redução em 20% das despesas com cargos em comissão e funções de confiança, exoneração dos servidores não estáveis e exoneração dos que adquiriram estabilidade sem concurso (art. 33 da Emenda nº 19). Adotadas essas medidas, se as mesmas se revelarem insuficientes para reduzir a despesa aos limites previstos em lei complementar, aí sim poderá ser exonerado o servidor que tenha adquirido estabilidade mediante concurso; nesse caso, a exoneração dependerá de que “ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal” (art. 169, § 4º); o servidor fará jus a indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço (art. 169, § 5º) e o cargo objeto da redução será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos (art. 169, § 6º). Essa hipótese de perda do cargo está disciplinada pela Lei nº 9.801, de 14-6-99, aplicável a todos os níveis de governo, já que tem a natureza de **norma geral**, conforme previsto no artigo 169, § 7º;

- d) tornou expresso, no *caput* do artigo 41, que a estabilidade só beneficia os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo, pondo fim ao entendimento defendido por alguns doutrinadores de que os servidores celetistas, sendo contratados mediante concurso público, também faziam jus ao benefício;
- e) incluiu na Constituição o artigo 247, estabelecendo que “as leis previstas no inciso III do § 1º do artigo 41 e no § 7º do artigo 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado”. A lei terá, certamente, que enfrentar a difícil tarefa de definir quais sejam as **atividades exclusivas de Estado**, podendo-se adiantar que abrangerão, certamente, pelo menos, as carreiras institucionalizadas pela Constituição (Magistratura, Ministério Público, Advocacia Pública, Defensoria Pública, Polícia), além de outras atividades inerentes ao próprio conceito de Estado, como diplomacia, polícia, controle, fiscalização. A Lei nº 9.801, de 14-6-99, que dispõe sobre as normas gerais para perda de cargo público por excesso de despesa, contém dois dispositivos que se referem à perda do cargo

pelo servidor que exerce atividade exclusiva de Estado: o artigo 2º, § 1º, inciso IV, pelo qual o ato normativo a que se refere o artigo 169, § 4º, da Constituição, entre outros requisitos, deverá especificar “os critérios e as garantias especiais escolhidos para identificação dos servidores estáveis que, em decorrência das atribuições do cargo efetivo, desenvolvam atividades exclusivas de Estado”; e o artigo 3º determina que “a exoneração de servidor estável que desenvolva atividade exclusiva de Estado, assim definida em lei, observará as seguintes condições: I – somente será admitida quando a exoneração de servidores dos demais cargos do órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal tenha alcançado, pelo menos, trinta por cento do total desses cargos; II – cada ato reduzirá em no máximo trinta por cento o número de servidores que desenvolvam atividades exclusivas de Estado”. Como se vê, o dispositivo estabelece os requisitos, mas não define as atividades exclusivas de Estado. Para conciliar os dois dispositivos, tem-se que entender que, ao baixar o ato normativo, o Chefe de Poder indicará os critérios para identificação dos servidores que exercem atividade exclusiva de Estado, devendo, para esse fim, extrair do ordenamento jurídico vigente as normas legais que permitam a identificação desse tipo de atividade, já que não existe lei específica que contenha essa definição.

Não tem qualquer sentido a Súmula 390, I, do TST, quando estabelece que “o servidor celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988”; esse entendimento já era difícil de ser aceito na redação original do artigo 41 da Constituição, mas chegou a ser adotado pelo STF, antes da Emenda Constitucional nº 19/98. Porém, a partir da Emenda nº 19, que só assegura estabilidade ao servidor *nomeado* para *cargo* de provimento efetivo, não mais se justifica a outorga de estabilidade ao servidor celetista, que é *contratado* (e não *nomeado*) para *emprego* (e não *cargo*). A distinção entre cargo e emprego resulta claramente da Constituição, especialmente do artigo 37, I, II e VIII, e também do respectivo regime previdenciário. Os ocupantes de emprego são beneficiados com os direitos sociais previstos no artigo 7º (proteção contra despedida arbitrária, seguro-desemprego, fundo de garantia), não assegurados aos servidores estatutários; e o próprio regime previdenciário é diverso, consoante decorre do artigo 40, § 13, da Constituição. A Súmula 390, I, do TST iguala situações que, pela Constituição, são submetidas a regimes jurídicos diferenciados.

Com relação aos servidores celetistas, a Lei nº 9.962, de 22-2-00, cria uma estabilidade relativa, diversa da garantida constitucionalmente ao servidor estatutário, conforme visto no item 13.2.2.

O período de três anos para aquisição da estabilidade pode ser desde logo aplicado.<sup>33</sup> Com efeito, no caso de servidor nomeado por concurso, a estabilidade somente se adquire depois de três anos; o período compreendido entre o início do exercício e a aquisição da **estabilidade** é denominado de **estágio probatório** e tem por finalidade apurar se o servidor apresenta condições para o exercício do cargo, referentes à moralidade, assiduidade, disciplina e eficiência. Pelo § 4º, acrescentado ao artigo 41 pela Emenda 19, além do cumprimento do estágio probatório, deve o servidor, para adquirir estabilidade, submeter-se a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

Para os servidores federais, a Lei nº 11.784/08 alterou a redação do § 1º do artigo 20 da Lei nº 8.112/90, para estabelecer que “4 (quatro) meses antes de findo o período do estágio probatório, será submetida à homologação da autoridade competente a avaliação do desempenho do servidor, realizada por comissão constituída para essa finalidade, de acordo com o que dispuser a lei ou o regulamento da respectiva carreira ou cargo, sem prejuízo da continuidade de apuração dos fatores enumerados nos incisos I a V do *caput* deste artigo” (assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade).

Não confirmados os requisitos, caberá exoneração *ex officio*, desde que assegurado ao interessado o direito de defesa, consoante entendimento consagrado pelo SFT na Súmula nº 21: “funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade”. A mesma exigência está implícita no artigo 5º, LV, da Constituição, que assegura aos acusados em geral, nos processos judicial e administrativo, o contraditório, a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.<sup>34</sup>

Constituem decorrência da estabilidade os direitos à **reintegração**, à **disponibilidade** e ao **aproveitamento** (art. 41, §§ 2º e 3º, da Constituição).

**Reintegração** é o reingresso do servidor demitido, quando seja invalidada por sentença judicial a sua demissão, sendo-lhe assegurado ressarcimento das vantagens ligadas ao cargo.

Se outra pessoa ocupava o cargo e também já era estável, a Constituição estabelece três possibilidades: (a) será reconduzida ao cargo de origem, sem direito à

---

<sup>33</sup> Em julgamento de mandado de segurança, o STJ reformulou entendimento anterior e considerou que os institutos do estágio probatório e da estabilidade são indissociáveis, não havendo sentido na existência de prazo distinto para os dois institutos. Sendo assim, aquela Corte considerou o art. 41 da CF imediatamente aplicável e reafirmou que o prazo para aquisição da estabilidade é de três anos, durante os quais o servidor encontra-se em estágio probatório, mesmo diante da previsão do prazo de dois anos constante do art. 20 da Lei nº 8.112/90 (MS 12.523-DF, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 22-4-09). No mesmo sentido, acórdão do STF, no AI 754802 ED-AgR/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 7-6-11.

<sup>34</sup> No RMS 22.567-MT, Rel. Min. Og Fernandes, DJE 11-5-11, o STJ entendeu desnecessário processo administrativo disciplinar para exoneração de servidor em estágio probatório, mostrando-se suficiente a abertura de sindicância, desde que assegurados os princípios da ampla defesa e do contraditório.

indenização (se já era servidor anteriormente), (b) aproveitado em outro cargo ou (c) posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço. É o que determina o § 2º do artigo 41, alterado pela Emenda Constitucional nº 19.

A primeira hipótese – denominada de *recondução* pelo artigo 29 da Lei nº 8.112/90 – segundo entendemos, só pode ser aplicada se o servidor que ocupava o cargo não tinha, ele mesmo, adquirido estabilidade. Se já a adquiriu, terá que ser protegido também pela utilização de uma das duas alternativas: ser aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

Embora a Constituição se refira à reintegração como decorrente de anulação da demissão por sentença judicial, ela pode ocorrer também quando a anulação decorra de ato da própria Administração, pois, como o ato nulo não gera efeitos jurídicos, a anulação retroagirá, garantindo ao servidor o direito de ser reintegrado no cargo. Nesse sentido, o artigo 28 da Lei nº 8.112/90 define a reintegração como “a reinvestidura do servidor estável no cargo anteriormente ocupado, ou no cargo resultante de sua transformação, quando invalidada a sua demissão por **decisão administrativa ou judicial**, com ressarcimento de todas as vantagens”.

A **disponibilidade** é a garantia de inatividade remunerada, assegurada ao servidor estável, em caso de ser extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade. Pela nova redação do § 3º do artigo 41 (Emenda Constitucional nº 19) a disponibilidade dar-se-á com remuneração proporcional ao tempo de serviço. Para fins de disponibilidade, conta-se o **tempo de serviço público** e não o tempo de contribuição, diferentemente do que ocorre com a contagem para fins de aposentadoria. É o que decorre do artigo 40, § 9º, da Constituição, ao determinar que “o tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade”. A diversidade de tratamento justifica-se porque a aposentadoria constitui benefício de natureza previdenciária e contributiva, o mesmo não ocorrendo com a disponibilidade, que constitui garantia do servidor estável, com proventos pagos pela pessoa jurídica política com a qual o servidor mantém vínculo funcional.

Se o servidor está em estágio probatório, não faz jus à disponibilidade. É o entendimento adotado, com razão, pelo STF, desde longa data, com a Súmula 22, pela qual “o estágio probatório não protege o funcionário contra a extinção do cargo”.

O **aproveitamento** é o reingresso, no serviço público, do funcionário em disponibilidade, quando haja cargo vago de natureza e vencimento compatíveis com o anteriormente ocupado. Constitui **ato vinculado** para a Administração Pública, tendo em vista que, ocorrendo vaga, ela é obrigada a aproveitar em outro cargo o servidor que está em disponibilidade. Essa obrigatoriedade está prevista no artigo 30 da Lei nº 8.112/90. Além disso, publicado o ato de aproveitamento, o servidor é obrigado a tomar posse no cargo, sob pena de ser tornado sem efeito o ato e cassada a disponibilidade. É o que consta do artigo 32 da Lei nº 8.112/90. Se estiver incapacitado para o trabalho, será aposentado por invalidez.

Tanto a reintegração como o aproveitamento constituem formas de provimento em cargo público, conforme artigo 8º, incisos VII e VIII, da Lei nº 8.112/90. Em consequência, dependem de inspeção de saúde (exigida pelo artigo 5º, VI, da mesma Lei), dando direito à aposentadoria por invalidez, se verificada a incapacidade definitiva do funcionário.

### 13.4.9 AFASTAMENTO PARA EXERCÍCIO DE MANDATO ELETIVO

O artigo 38 da Constituição assegura ao servidor público em exercício de mandato o direito de ficar afastado do **cargo, emprego ou função**, computando esse tempo para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento. Apenas no caso de eleição para **Vereador** há a previsão de exercício simultâneo do cargo, emprego ou função com o mandato (hipótese de acumulação **obrigatória**), desde que haja compatibilidade de horários; nesse caso, o servidor fará jus às vantagens do cargo, emprego ou função e à remuneração do cargo eletivo.

Quando se tratar de eleição para Prefeito ou para Vereador (no caso em que não haja compatibilidade de horário), o interessado poderá optar pela melhor remuneração.

### 13.4.10 DIREITOS SOCIAIS

O artigo 39, § 3º, alterado pela Emenda Constitucional nº 19, estende aos servidores ocupantes de cargos públicos os seguintes direitos sociais previstos, no artigo 7º, para os trabalhadores urbanos e rurais:

1. salário mínimo que atenda a todas as exigências indicadas no artigo 7º, IV;
2. garantia do salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;
3. 13º salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; essa vantagem é chamada de **gratificação natalina** pelo artigo 201, § 6º, da Constituição, não se justificando a pretensão de alguns servidores, que já se começa a esboçar depois da nova Constituição, no sentido de que o 13º salário não se confunde com a gratificação de Natal já assegurada pela legislação ordinária, podendo-se perceber as duas cumulativamente;
4. remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
5. salário-família para os dependentes;
6. duração do trabalho normal não superior a 8 horas diárias e 44 semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

7. repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
8. remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% à do normal;
9. gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, 1/3 a mais do que o salário normal; há que se entender que “salário normal” é tudo o que o servidor recebe, habitualmente, a título de remuneração ou vencimento, ressalvadas aquelas vantagens não permanentes, vinculadas ao exercício de cargo, função ou emprego em condições especiais, como as decorrentes de horas extras, de participação em órgãos colegiados, ou as que são pagas a título de representação, quando em função ou missão fora do Estado;
10. licença à gestante, sem prejuízo do emprego ou do salário, com a duração de 120 dias;<sup>35</sup>
11. licença-paternidade, nos termos fixados em lei;
12. proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
13. redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de saúde, higiene e segurança;
14. 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 art. 39, § 3º, parte final).

#### 13.4.11 LIMITES DE DESPESA COM PESSOAL

O artigo 169 da Constituição, alterado, em seus parágrafos, pela Emenda Constitucional nº 19/98, estabelece que 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.

Pelo § 1º, a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da Administração Direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, só poderão ser feitas: “I – se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela

<sup>35</sup> A Lei nº 11.770, de 9-9-08, criou o programa destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante a concessão de incentivos fiscais. O art. 2º da lei autoriza a Administração Pública, direta indireta e fundacional, a instituir programa que garanta prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras por mais 60 (sessenta) dias além do prazo previsto no inciso XVIII, do artigo 7º, da Constituição.

decorrentes; II – se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.”

Antes da Emenda Constitucional nº 19/98 não estava prevista sanção específica para o descumprimento do dispositivo, o que favorecia seu descumprimento, impunemente. Com as alterações introduzidas pela Emenda nº 19, foram previstas as seguintes consequências para o caso de descumprimento dos limites de despesa estabelecidos em lei complementar: (a) decorrido o prazo estabelecido na lei complementar referida no artigo 169, *caput*, para a adaptação aos parâmetros ali previstos, serão imediatamente suspensos todos os repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que não observarem os referidos limites (§ 2º); como se vê, essa medida não tem como aplicar-se à União; (b) redução em pelo menos 20% das despesas com cargos em comissão e funções de confiança (§ 3º, I); exoneração dos servidores não estáveis (§ 3º, II); e perda do cargo pelo servidor estável, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal (§ 4º). A última hipótese atinge o servidor estável, com as consequências já comentadas no item pertinente à estabilidade.

O dispositivo foi disciplinado, inicialmente, pela Lei Complementar nº 82, de 27-3-95 (Lei Camata), depois pela Lei Complementar nº 96, de 31-5-99, e, por último, pela Lei Complementar nº 101, de 4-5-00 (*Lei de Responsabilidade Fiscal*), especificamente em seus artigos 18 a 23.

Pelo artigo 18 da lei ficou estabelecido o que se entende por *despesa total com pessoal*. O conceito é bem amplo e inclui todos os entes da Federação, os gastos com servidores, inativos, pensionistas, com agentes políticos, com mandatos, cargos, funções ou empregos, abrangendo civis e militares, os membros dos três Poderes, qualquer que seja a espécie remuneratória, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos de aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidos pelo ente às entidades de previdência.

Contudo, o artigo 19, § 1º, exclui do limite determinadas despesas com: I – indenização por demissão de servidores ou empregados; II – relativas a incentivos à demissão voluntária; III – derivadas de aplicação do disposto no inciso II do § 6º do artigo 57 da Constituição (despesas com convocação extraordinária do Congresso Nacional, em caso de urgência ou interesse público relevante, hipótese em que os parlamentares recebem parcela indenizatória em valor não superior ao do subsídio mensal; por outras palavras, essa parcela, que corresponde ao dobro dos subsídios mensais, não entra no limite de despesa com pessoal); IV – decorrentes de decisão judicial e da competência de período anterior ao da apuração a que se refere o § 2º do artigo 18; V – com pessoal do Distrito Federal e dos Estados do Amapá e Roraima, custeadas com recursos transferidos pela União na forma dos incisos XIII e XIV do art. 21 da Constituição e do art. 31 da Emenda Constitucional nº 19; VI – com inativos,

ainda que por intermédio de fundo específico, custeadas por recursos provenientes: (a) da arrecadação de contribuições dos segurados; (b) da compensação financeira de que trata o § 9º do artigo 201 da Constituição (cabível em caso de contagem recíproca de tempo de serviço para fins de aposentadoria); (c) das demais receitas diretamente arrecadadas por fundo vinculado a tal finalidade, inclusive o produto da alienação de bens, direitos e ativos, bem como seu superávit financeiro (são os fundos de aposentadoria mantidos com contribuições dos segurados).

Logo que foi promulgada a Emenda Constitucional nº 19, as autoridades administrativas apressaram-se em socorrer-se de contratos de fornecimento de mão de obra ou de locação de serviços, para atender a suas necessidades de pessoal. Para impedir esse tipo de contratação, que apenas substitui o item orçamentário em que se enquadra a despesa, o artigo 18, § 1º, da lei veio estabelecer que “os valores dos contratos de terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como Outras Despesas de Pessoal”. Não é qualquer despesa com terceirização que se inclui no limite de despesa com pessoal, mas apenas a que é feita com o evidente intuito de colocar pessoal de empresas terceirizadas para exercer atribuições próprias de servidores, especialmente quando estes estão organizados em carreiras ou existem cargos, empregos ou funções específicos criados em lei. Na realidade, esse tipo de terceirização, além de infringir as normas constitucionais sobre ingresso no serviço público, ainda constitui forma de burlar o limite de despesa previsto no artigo 169 da Constituição.

O artigo 19 fixa o limite de despesa com pessoal em percentual que incide sobre a **receita corrente líquida** aplicável a cada ente da federação: para a União, 50%; para Estados e Municípios, 60%. Note-se que esse percentual não incide sobre toda a receita, mas sobre a **receita corrente líquida**, definida pelo artigo 2º, IV, da lei como o somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos: (a) na União, os valores transferidos aos Estados e Municípios por determinação constitucional ou legal, e as contribuições mencionadas na alínea *a* do inciso I e no inciso II do artigo 195 (contribuições previdenciárias do empregador e do empregado, respectivamente), e no artigo 239 da Constituição (a arrecadação proveniente das contribuições ao PIS e ao PASEP); (b) nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional; (c) na União, nos Estados e nos Municípios, a contribuição dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira citada no § 9º do artigo 201 da Constituição (que trata da contagem recíproca de atividade privada e pública para fins de aposentadoria).

O artigo 20 estabelece normas para disciplinar a repartição dos limites globais entre os três Poderes do Estado, definindo o percentual de cada qual.

Por sua vez, o artigo 22, parágrafo único, estabelece que, se a despesa total com pessoal exceder a 95% do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no artigo 20 que houver incorrido em excesso: “I – concessão de vantagem, aumento, reajuste

ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição (revisão anual obrigatória); II – criação de cargo, emprego ou função; III – alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa; IV – provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança; V – contratação de hora extra, salvo no caso do disposto no inciso II do § 6º do artigo 57 da Constituição (pagamento de subsídios, em dobro, aos Parlamentares em caso de convocação extraordinária) e as situações previstas na lei de diretrizes orçamentárias.”

No caso de a despesa total com pessoal, do Poder ou órgão referido no artigo 20, ultrapassar os limites definidos no mesmo artigo (o que é verificado no final de cada quadrimestre, conforme artigo 22, *caput*), o artigo 23 estabelece que o percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro, adotando-se, entre outras, as providências previstas nos §§ 3º e 4º do artigo 169 (redução em 20% das despesas com cargos em comissão, exoneração dos não estáveis e perda do cargo dos estáveis). Além dessas medidas, que encontram fundamento no referido dispositivo constitucional, a lei prevê outras providências, referidas nos §§ 1º e 2º do artigo 23: o primeiro estabelece que, no caso do inciso I, do § 3º do artigo 169, da Constituição, o objetivo poderá ser alcançado tanto pela extinção de cargos e funções quanto pela redução dos valores a eles atribuídos;<sup>36</sup> o segundo prevê a “redução temporária da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária” (art. 23, § 2º).<sup>37</sup> Esta última medida é inconstitucional, porque o artigo 7º, XIII, da Constituição (aplicável aos servidores públicos por força do artigo 39, § 3º) só admite a redução da jornada de trabalho mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, além de implicar redução de vencimentos em hipótese não abrangida pelo artigo 37, XV, da Constituição.

Pelo § 3º do artigo 23 da lei de responsabilidade fiscal, se a redução não for alcançada no prazo estabelecido, o ente não poderá, enquanto perdurar o excesso: I – receber transferências voluntárias (definidas pelo artigo 25 como a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde); II – obter garantia, direta ou indireta, de outro ente; III – contratar operações de crédito, ressalvadas as destinadas ao refinanciamento da dívida mobiliária e as que visem à redução das despesas com pessoal.

O dispositivo foi além do que estabelece o artigo 169, § 2º, da Constituição, que apenas previu, como sanção, a suspensão dos repasses de verbas federais ou

<sup>36</sup> O STF, na ADIn 2.238-5/DF, deferiu medida acauteladora para suspender a eficácia, no § 1º do art. 23, da expressão “quanto pela redução dos valores a eles atribuídos” (Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 9-8-07, DJ de 19-2-03).

<sup>37</sup> O § 2º do art. 23 foi suspenso liminarmente pelo STF na ADIn referida na nota 13.

estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que não observarem os limites estabelecidos na lei complementar referida no *caput* do dispositivo. As medidas previstas nos incisos II e III não encontram fundamento na Constituição, não só porque impõem restrições nela não previstas, como porque interferem com a autonomia financeira dos Estados e Municípios, invadindo ainda matéria de competência do Senado, prevista no artigo 52, incisos VII, VIII e IX; esses dispositivos conferem ao Senado competência privativa para dispor sobre limites e condições para as operações de crédito externo e interno da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal, para dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno e para estabelecer limites e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Com relação aos Municípios, cabe lembrar que a Emenda Constitucional nº 25, de 14-2-00 (com vigência em 1º-1-01), introduziu na Constituição o artigo 29-A, para fixar o limite total da despesa do **Poder Legislativo Municipal**, incluídos os subsídios dos Vereadores e excluídos os gastos com inativos; esse limite não pode ultrapassar os percentuais ali definidos em função do número de habitantes do Município. Pelo § 1º, a Câmara Municipal não poderá gastar mais de 70% de sua receita com folha de pagamento, incluído o gasto com o subsídio de seus Vereadores, sob pena de crime de responsabilidade do Presidente da Câmara.

Sobre o assunto, v. Di Pietro, 2012b, p. 182-274.

## 13.5 PROVIMENTO E INVESTIDURA

**Provimento** é o ato do poder público que designa para ocupar cargo, emprego ou função a pessoa física que preencha os requisitos legais. Distingue-se da **investidura**, que é o ato pelo qual o servidor público é investido no exercício do cargo, emprego ou função, abrangendo a posse e o exercício. O provimento constitui ato do Poder Público, enquanto a investidura constitui ato do servidor; o primeiro constitui condição para que ocorra a segunda. É o que decorre, implicitamente, dos artigos 6º e 7º da Lei 8.112/90; o primeiro determina que “*o provimento dos cargos públicos far-se-á mediante ato da autoridade competente de cada Poder*”; pelo segundo, “*a investidura em cargo público ocorrerá com a posse*”. Na prática, é comum a utilização das duas expressões – provimento e investidura – como sinônimos, embora os dois atos integrem um procedimento que leva à formação do vínculo entre o servidor e a pessoa jurídica estatal.<sup>38</sup> Praticado o ato de provimento, deve seguir-se a investidura (pela posse e exercício), sem o que o procedimento não se completa e o ato de provimento não se aperfeiçoará, devendo ser extinto.

<sup>38</sup> Até a 27ª edição deste livro, não fazíamos a distinção, utilizando o vocábulo “provimento” no mesmo sentido de “investidura”.

A Constituição, no artigo 37, II, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, fala em investidura, ao fazer a exigência de concurso público. Na realidade, quer se refira a investidura ou a provimento, a exigência de concurso público tem que ser atendida.

O provimento pode ser **originário** ou **derivado**. O primeiro é o que vincula inicialmente o servidor ao cargo, emprego ou função; pode ser tanto a **nomeação** como a **contratação**, dependendo do regime jurídico de que se trate.

**Provimento derivado** é o que depende de um vínculo anterior do servidor com a Administração; a legislação anterior à atual Constituição compreendia (com pequenas variações de um Estatuto funcional para outro) a promoção (ou acesso), a transposição, a reintegração, a readmissão, o aproveitamento, a reversão e a transferência.

Com a nova Constituição, esse rol ficou bem reduzido, em decorrência do artigo 37, II, que exige a aprovação prévia em **concurso público** de provas ou de provas e títulos para a investidura em **cargo** ou **emprego público**, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

O dispositivo trouxe algumas inovações quando comparado com o artigo 97, § 1º, da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969:

1. enquanto a norma anterior exigia concurso apenas para investidura em **cargo público**, a atual impõe a mesma exigência para **cargo e emprego**; só não faz referência à **função**, porque deixou em aberto a possibilidade de contratação para serviços temporários (art. 37, IX) e para funções de confiança (art. 37, V), ambas as hipóteses sem concurso;
2. enquanto o dispositivo anterior fazia a exigência para a **primeira investidura**, o atual fala apenas em **investidura**, o que inclui tanto os provimentos originários como os derivados, somente sendo admissíveis as exceções previstas na própria Constituição, a saber, a reintegração, o aproveitamento, a recondução e o **acesso** ou **promoção**, além da **reversão ex officio**, que não tem base constitucional, mas ainda prevalece pela razão adiante exposta.

A **readmissão** era o ato discricionário pelo qual o funcionário **exonerado** e, segundo alguns Estatutos, também o **demitido**, reingressava no serviço público.

A **reversão** era o ato pelo qual o funcionário **aposentado** reingressava no serviço público; podia ser a pedido ou *ex officio*, esta última hipótese ocorrendo quando cessada a incapacidade que gerou a aposentadoria por invalidez.

A **transposição** (ou ascensão, na esfera federal) era o ato pelo qual o funcionário ou servidor passava de um cargo a outro de conteúdo ocupacional diverso. Visava ao melhor aproveitamento dos recursos humanos, permitindo que o servidor, habilitado para o exercício de cargo mais elevado, fosse nele provido mediante

concurso interno; no Estado de São Paulo, estava prevista nos artigos 22 a 28 da Lei Complementar nº 180, de 12-5-78.

Nos três institutos, o provimento independe de **concurso público**, não podendo ser considerado como tal o procedimento de seleção utilizado na transposição, uma vez que, nesta, as vagas são destinadas a essa forma de provimento, excluindo a participação de terceiros, como o exigiria o **concurso público**.

Portanto, deixaram de existir, com a nova Constituição, os institutos da readmissão, da transposição e da reversão, ressalvada, neste último caso, a reversão *ex officio*, porque, nessa hipótese, desaparecendo a razão de ser da inatividade, deve o funcionário necessariamente reassumir o cargo, sob pena de ser cassada a aposentadoria. O servidor reassume para poder completar os requisitos para aposentadoria. No entanto, a reversão a pedido continua a ser prevista na legislação ordinária, a exemplo da Lei nº 8.112/90, que a disciplina nos artigos 25 e 27,<sup>39</sup> com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4-9-01, estando em desconformidade com a norma constitucional que exige concurso público para a investidura.

A respeito da ascensão, a Consultoria-Geral da República adotou o entendimento de que “com a promulgação da Constituição de 1988, foi banida do ordenamento jurídico brasileiro, como forma de investidura em cargo público, a ascensão funcional”. No corpo do parecer, da lavra do Consultor José Márcio Monsão Mollo, está dito que “estão abolidas as formas de investidura que representam ingresso em carreira diferente daquela para a qual o servidor ingressou por concurso e que não são, por isso mesmo, inerentes ao sistema de provimento em carreira, ao contrário do que acontece com a promoção, sem a qual não há carreira, mas, sim, sucessão de cargos ascendentes” (Parecer nº CS-56, de 16-9-92, aprovado pelo Consultor-Geral da República, conforme publicado no *DOU* de 24-9-92, p. 13.386-89).

No mesmo sentido foi a decisão do STF, ao declarar a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 185 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro (ADIN-245, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 13-8-92, p. 12.157).

Pelo mesmo fundamento, o STF considerou inconstitucional o instituto da transferência previsto nos artigos 8º, IV, e 33 da Lei nº 8.112, de 11-12-90, ambos suspensos pela Resolução nº 46, de 23-5-97, do Senado Federal e revogados pela Lei nº 9.527, de 10-12-97. Além disso, pela Súmula nº 685, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento jurisprudencial de que “é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> O art. 26 foi revogado pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4-9-01.

<sup>40</sup> Em decorrência do entendimento do STF, a Lei nº 9.527, de 10-12-97, revogou os incisos III e IV do artigo 8º da Lei nº 8.112/90, que previam, respectivamente, a ascensão e a transferência entre as formas de provimento.

Pelo mesmo fundamento, o STF tem decidido serem inconstitucionais medidas previstas em leis de reclassificação de cargos, como o **acesso**, a **transformação** ou o **aproveitamento** de servidores em cargo de nível superior àquele para o qual prestou concurso. Ainda que a legislação utilize terminologia variada, existe o objetivo de permitir que o servidor que prestou concurso para determinado cargo passe a ocupar outro, de nível de escolaridade mais elevado. Tal procedimento contraria o artigo 37, II, da Constituição. O entendimento do STF só tem sido abrandado em hipóteses em que as atribuições são semelhantes e desde que os servidores tenham prestado concurso público em cargo da mesma natureza.<sup>41</sup> Pela Súmula Vinculante nº 43, ficou pacificado o entendimento de que “é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”.

Quanto à **promoção** e ao **acesso**, existe diferença de terminologia entre a esfera federal e a estadual, pois o que a Lei nº 8.112/90 chama de promoção equivale ao acesso, no Estatuto estadual. Neste existe, além do acesso, também a promoção, mas esta não constitui forma de provimento. Além disso, as Leis Orgânicas da Magistratura, do Ministério Público e da Procuradoria-Geral do Estado, no Estado de São Paulo, falam em promoção no mesmo sentido que a Lei Federal citada, e que é também o sentido em que aparece em dispositivos na Constituição.

**Promoção** (ou acesso, no Estatuto Paulista) é forma de provimento pela qual o servidor passa para cargo de maior grau de responsabilidade e maior complexidade de atribuições, dentro da carreira a que pertence. Constitui uma forma de ascender na carreira. Distingue-se da transposição porque, nesta, o servidor passa para cargo de conteúdo ocupacional diverso, ou seja, para cargo que não tem a mesma natureza de trabalho.

A Emenda Constitucional nº 19 trouxe uma novidade ao exigir, como requisito para promoção, a participação em cursos de formação e aperfeiçoamento em escolas de governo. Estabelece o § 2º do artigo 39 que “a União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados”.

A norma cria certa perplexidade, por diversas razões, em especial pelo fato de constar da Constituição, impondo um ônus a Estados e Municípios que lutam,

---

<sup>41</sup> Na ADI 3720/SP (Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 31-10-07, *Informativo STF* 486), o STF julgou constitucional a Lei nº 988/07, que autorizou os Procuradores do Estado de São Paulo a optarem pela carreira de Defensor Público do mesmo Estado, tendo em vista que a Defensoria Pública absorveu atribuições que eram da Procuradoria Geral do Estado. Sobre o assunto, v. também acórdãos do STF na ADI 1591/5-RS, Rel. Min. Gallotti, ADI 2335/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, ADI 3582/PI, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

muitas vezes, para manter até mesmo o ensino fundamental. Ela tem que ser interpretada com o bom senso que faltou ao legislador. Em primeiro lugar, ela tem que ser entendida como norma programática a ser cumprida a longo prazo; em segundo lugar, a exigência de participação em curso desse tipo como requisito para promoção só pode ser imposta a partir do momento em que as chamadas escolas de governo estejam à disposição de todos os servidores, ou pela criação da escola ou pela celebração do convênio previsto na parte final do dispositivo; caso contrário, a promoção se tornará inviável exatamente em momento em que o Governo apregoa a valorização do servidor público.

Quanto à **promoção**, tal como definida no Estatuto paulista, não constitui modalidade de provimento; corresponde à passagem do funcionário ou servidor de um **grau a outro da mesma referência**. Sem mudar o cargo e a referência, o servidor passa para outro grau, razão pela qual se diz que a promoção se dá no plano **horizontal**, enquanto o acesso se dá no plano **vertical**.

A Constituição dá origem a outra forma de provimento, prevista no artigo 41, § 2º; trata-se da **recondução**, que ocorre como consequência da reintegração, hipótese em que o servidor que ocupava o cargo do reintegrando tem o direito de ser reconduzido a seu cargo de origem. O artigo 29 da Lei nº 8.112/90 prevê também a **recondução** no caso de inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo.

O provimento ainda pode ser classificado, quanto à sua durabilidade, em **efetivo**, **vitalício** e **em comissão**, classificação essa somente aplicável aos cargos. Não se aplicam aos **empregos**, porque, embora providos por concurso público, não dão direito à estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição, nem às **funções**, porque estas não dependem de concurso público nem dão direito à estabilidade.

**Provimento efetivo** é o que se faz em cargo público, mediante nomeação por concurso público, assegurando ao servidor, após três anos de exercício, o direito de permanência no cargo, do qual só pode ser destituído por sentença judicial, por processo administrativo em que seja assegurada ampla defesa ou por procedimento de avaliação periódica de desempenho, também assegurado o direito à ampla defesa (conforme art. 41, § 1º, da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional nº 19).

**Provimento vitalício** é o que se faz em cargo público, mediante nomeação, assegurando ao funcionário o direito à permanência no cargo, do qual só pode ser destituído por sentença judicial transitada em julgado.

Somente é possível com relação a **cargos** que a Constituição federal define como de provimento vitalício, uma vez que a vitaliciedade constitui exceção à regra geral da estabilidade, definida no artigo 41. A lei ordinária não pode ampliar os cargos dessa natureza.

Na Constituição de 1988, são vitalícios os cargos dos membros da Magistratura (art. 95, I), do Tribunal de Contas (art. 73, § 3º) e do Ministério Público (art. 128, § 5º, a).

Tanto a estabilidade como a vitaliciedade não impedem a aposentadoria compulsória do funcionário que tenha completado a idade limite. Com relação à vitaliciedade, houve pretensões desse tipo perante o Poder Judiciário, por parte de titulares de cargos de Justiça aos quais a Constituição de 1946 outorgou essa garantia; argumentava-se que vitaliciedade significa perpetuidade; no entanto, esse entendimento não foi acolhido pelo STF, que, pela Súmula nº 36, deixou expresso que “servidor vitalício está sujeito à aposentadoria compulsória, em razão da idade”.

Enquanto o provimento efetivo se dá sempre por concurso público, o vitalício nem sempre depende dessa formalidade. Na Magistratura de primeiro grau, essa exigência consta do artigo 93, I, da Constituição; nos Tribunais, o provimento se faz por promoção dos juizes de carreira ou por nomeação, sem concurso, pelo Chefe do Poder Executivo (art. 84, XIV e XVI, da Constituição). Neste último caso, a vitaliciedade é adquirida independentemente de estágio probatório; este só existe para os juizes de carreira, nomeados por concurso, hipótese em que a perda do cargo, nesse período, exige deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado (art. 95, I).

**Provimento em comissão** é o que se faz mediante nomeação para cargo público, independentemente de concurso e em caráter transitório. Somente é possível com relação aos cargos que a lei declara de provimento em comissão.

O provimento é, em regra, ato do Poder Executivo (art. 84, XXV); mas a atual Constituição estabeleceu algumas competências especiais distribuídas entre vários órgãos:

1. o Poder Executivo tem competência para nomear os seus próprios funcionários (art. 84, XIV, da Constituição) e mais: os Ministros do STF e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o Presidente e os Diretores do Banco Central, todos eles após aprovação do Senado (art. 84, XIV); os Ministros do Tribunal de Contas, sendo 1/3 de sua própria escolha, mediante aprovação pelo Senado, e 2/3 de escolha do Congresso Nacional (art. 84, XV, e art. 73, § 2º); os magistrados não nomeados por concurso (arts. 84, XVI, e 94) e o Advogado-Geral da União (art. 84, XVI); os membros do Conselho da República indicados no artigo 89, VII;
2. aos Tribunais foi conferida competência para prover os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição e os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei (art. 96, I, c e e);
3. o Ministério Público é competente para prover os cargos de seus membros e os dos serviços auxiliares (art. 127, § 2º).

## 13.6 VACÂNCIA

**Vacância** é o ato administrativo pelo qual o servidor é destituído do cargo, emprego ou função.

Decorre de exoneração, demissão, aposentadoria, promoção e falecimento. O artigo 33 da Lei nº 8.112/90, com alteração decorrente da Lei nº 9.527/97, prevê ainda a **readaptação** e a **posse em outro cargo inacumulável**. Mas a ascensão e a transformação deixaram de existir por força da Lei nº 9.527, de 10-12-97.

A **exoneração** não é penalidade; ela se dá a pedido ou *ex officio*, neste último caso quando se tratar de cargo em comissão ou função de confiança; no caso de cargo efetivo, quando não satisfeitas as exigências do estágio probatório ou quando, tendo tomado posse, o servidor não entrar em exercício no prazo estabelecido (arts. 34 e 35 da Lei nº 8.112/90, com redação dada pela Lei nº 9.527/97).

Já a **demissão** constitui penalidade decorrente da prática de ilícito administrativo; tem por efeito desligar o servidor dos quadros do funcionalismo.

A **promoção** é, ao mesmo tempo, ato de provimento no cargo superior e vacância no cargo inferior.

A **readaptação**, segundo artigo 24 da Lei nº 8.112/90, “é a investidura do servidor em cargo de atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental verificada em inspeção médica”.

## 13.7 DIREITOS E DEVERES

Os direitos do servidor público estão consagrados, em grande parte, na Constituição Federal (arts. 37 a 41); não há impedimento, no entanto, para que outros direitos sejam outorgados pelas Constituições Estaduais ou mesmo nas leis ordinárias dos Estados e Municípios.

Os direitos e deveres do servidor público estatutário constam do Estatuto do Servidor que cada unidade da Federação tem competência para estabelecer, ou da CLT, se o regime celetista for o escolhido para reger as relações de emprego. Em qualquer hipótese, deverão ser observadas as normas da Constituição Federal.

Os estatutos promulgados antes da atual Constituição consignam os direitos e deveres do funcionário. Do mesmo modo o faz a Lei nº 8.112/90.

Dentre os direitos, incluem-se os concernentes a férias, licenças, vencimento ou remuneração e demais vantagens pecuniárias, assistência, direito de petição, disponibilidade e aposentadoria, alguns deles já analisados no item concernente às normas constitucionais.

Com relação à retribuição **pecuniária (direito ao estipêndio)**, já foi visto que a Emenda Constitucional nº 19/98 introduziu, ao lado do regime de remuneração ou vencimento, o sistema de subsídio. Para estes, o estipêndio compõe-se de uma parcela única, vedado acréscimo de vantagens outras de qualquer espécie. Para os servidores em regime de remuneração, continuam a existir as vantagens pecuniárias acrescidas ao padrão fixado em lei.

A legislação ordinária emprega, com sentidos precisos, os vocábulos **vencimento** e **remuneração**, usados indiferentemente na Constituição. Na lei federal, **venci-**

**mento** é a retribuição pecuniária pelo efetivo exercício do cargo, correspondente ao padrão fixado em lei (art. 40 da Lei nº 8.112/90) e **remuneração** é o vencimento e mais as vantagens pecuniárias atribuídas em lei (art. 41).<sup>42</sup> **Provento** é a retribuição pecuniária a que faz jus o aposentado. E **pensão** é o benefício pago aos dependentes do servidor falecido. O vencimento, o subsídio e a remuneração (inclusive as vantagens pecuniárias de qualquer espécie), os proventos e a pensão são definidos em lei (arts. 37, X, 40, § 3º, 61, § 1º, *a* e *d*, da Constituição).

Com relação às **vantagens pecuniárias**, Hely Lopes Meirelles (2003:458) faz uma classificação que já se tornou clássica; para ele, “vantagens pecuniárias são acréscimos ao vencimento do servidor, concedidas a título definitivo ou transitório, pela decorrência do tempo de serviço (*ex facto temporis*), ou pelo desempenho de funções especiais (*ex facto officii*), ou em razão das condições anormais em que se realiza o serviço (*propter laborem*), ou, finalmente, em razão de condições pessoais do servidor (*propter personam*). As duas primeiras espécies constituem os **adicionais (adicionais de vencimento e adicionais de função)**, as duas últimas formam a categoria das **gratificações de serviço e gratificações pessoais**”. A Lei nº 8.112/90, no artigo 49, prevê as vantagens que podem ser pagas ao servidor, incluindo, além dos adicionais e gratificações, também as indenizações, que compreendem a **ajuda de custo**, as **diárias**, o **transporte** e o **auxílio-moradia** (definidos nos artigos subsequentes).

São exemplos de **adicionais por tempo de serviço** os acréscimos devidos por quinquênio e a sexta parte dos vencimentos, previstos na Constituição paulista (art. 129). Eles aderem ao vencimento e incluem-se nos cálculos dos proventos de aposentadoria.

Os **adicionais de função** são pagos em decorrência da natureza especial da função ou do regime especial de trabalho, como as vantagens de nível universitário e o adicional de dedicação exclusiva. Em regra, também se incorporam aos vencimentos e aos proventos desde que atendidas as condições legais.

A **gratificação de serviço** é retribuição paga em decorrência das condições anormais em que o serviço é prestado. Como exemplo, podem ser citadas as gratificações de representação, de insalubridade, de risco de vida e saúde.

As **gratificações pessoais** correspondem a acréscimos devidos em razão de situações individuais do servidor, como o salário-esposa e o salário-família.

Embora a classificação citada seja útil, até para fins didáticos, o critério distintivo – incorporação dos adicionais aos vencimentos e **não** incorporação das gra-

<sup>42</sup> A Lei nº 11.784/08 inclui o § 5º no art. 41 da Lei nº 8.112/90, determinando que “nenhum servidor receberá remuneração inferior ao salário mínimo”. Pela Súmula Vinculante nº 15, o STF definiu que “o cálculo de gratificações e outras vantagens não incide sobre o abono utilizado para se atingir o salário mínimo do servidor público”. E pela Súmula Vinculante nº 16 fixou o entendimento de que “os arts. 7º, IV, e 39, § 3º (redação da EC 19/98), da Constituição, referem-se ao total da remuneração percebida pelo servidor público”.

**tificações** – nem sempre é o que decorre da lei; esta é que define as condições em que cada vantagem é devida e calculada e estabelece as hipóteses de incorporação. É frequente a lei determinar que uma gratificação (por exemplo, a de risco de vida e saúde) se incorpore aos vencimentos depois de determinado período de tempo. É evidente, contudo, que, no silêncio da lei, tem-se que entender que a gratificação de serviço somente é devida enquanto perdurarem as condições especiais de sua execução, não havendo infringência ao princípio constitucional da irredutibilidade de vencimento na retirada da vantagem quando o servidor deixa de desempenhar a função que lhe conferiu o acréscimo. As gratificações que não se incorporam não são incluídas nos vencimentos para fins de cálculo dos proventos de aposentadoria e de pensão dos dependentes.<sup>43</sup>

O princípio da irredutibilidade de vencimentos diz respeito ao padrão de cada cargo, emprego ou função e às vantagens pecuniárias já incorporadas; não abrange as vantagens transitórias, somente devidas em razão de trabalho que está sendo executado em condições especiais; cessado este, suspende-se o pagamento do acréscimo, correspondente ao cargo, emprego ou função.

Os vencimentos do servidor público (empregada a palavra em sentido amplo, para abranger também as vantagens pecuniárias) têm caráter **alimentar** e, por isso mesmo, não podem ser objeto de penhora, arresto ou sequestro, consoante artigos 649, IV, 821 e 823 do CPC. Pelo artigo 833, IV, do novo CPC, são impenhoráveis os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios. Pela mesma razão, o artigo 100 da Constituição e o artigo 33 de suas disposições transitórias, ao excluírem os créditos de natureza alimentar do processo especial de execução contra a Fazenda Pública, sempre foram interpretados de modo a incluir, na ressalva, os vencimentos devidos aos servidores públicos. Esse entendimento foi adotado, no Estado de São Paulo, pelo Decreto nº 29.463, de 19-12-88, e pelo artigo 57, § 3º, de sua Constituição. Agora, a matéria constitui objeto de preceito constitucional contido no artigo 100, § 1º-A, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 30/00; ficou expresso que “os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado”.

Ainda com relação aos direitos dos funcionários, é importante lembrar que muitos deles correspondem a benefícios previstos para os integrantes da Previdência Social ou, mais amplamente, da Seguridade Social (que abrange previdência, saúde e assistência).

Com efeito, em relação aos servidores, o Poder Público pode determinar a sua inclusão na previdência social (ressalvados aqueles direitos, como aposentadoria

<sup>43</sup> Súmula nº 680, do STF: “O direito ao auxílio-alimentação não se estende aos servidores inativos.”

e disponibilidade, que constituem encargos que a Constituição atribui ao Estado) ou assumi-los como encargos próprios. A primeira opção normalmente é utilizada para os servidores contratados pela legislação trabalhista e, a segunda, para os estatutários.

Assim, examinando-se os Estatutos funcionais, normalmente, encontram-se vantagens, como a licença para tratamento de saúde, licença-gestante, licença ao funcionário acidentado ou acometido de doença profissional e auxílio-funeral, entre outras. Na esfera federal, com a Lei nº 8.112/90, essas vantagens passaram a ter caráter previdenciário (art. 185).

Os **deveres** dos servidores públicos vêm normalmente previstos nas leis estatutárias, abrangendo, entre outros, os de assiduidade, pontualidade, discricção, urbanidade, obediência, lealdade. O descumprimento dos deveres enseja punição disciplinar.

## 13.8 RESPONSABILIDADE

O servidor público sujeita-se à responsabilidade **civil, penal e administrativa** decorrente do exercício do cargo, emprego ou função. Por outras palavras, ele pode praticar atos ilícitos no âmbito civil, penal e administrativo. Hoje existe também a responsabilidade por atos de improbidade administrativa que, embora processada e julgada na área cível, produz efeitos mais amplos do que estritamente patrimoniais, porque pode levar à suspensão dos direitos políticos e à perda do cargo, com fundamento no artigo 37, § 4º, da Constituição, como se verá no Capítulo 18.

Para os **agentes políticos**, ainda existe a chamada **responsabilidade política**. Para esse fim, podem ser considerados agentes políticos:

- a) o Prefeito e o Presidente da Câmara Municipal (art. 29-A, §§ 2º e 3º, da Constituição); essa responsabilidade rege-se pelo Decreto-lei nº 201, de 27-2-67, que prevê: os **crimes de responsabilidade dos Prefeitos**, sujeitos a julgamento do Poder Judiciário, puníveis com as penas de reclusão ou detenção, além da perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular); e as **infrações político-administrativas**, sujeitas a julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato;<sup>44</sup>

<sup>44</sup> O STF entende que, embora o artigo 1º do Decreto-lei nº 201 fale em crime de responsabilidade, trata-se de crime comum (STF-Pleno-HC 70.671/PI, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 11-4-96, p. 10.923; HC 69.850/RS, Rel. Min. Francisco Rezek, Tribunal Pleno, DJ de 27-5-94; HC 71.669-5/PI, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 31-10-95).

- b) as autoridades mencionadas no artigo 52, I, da Constituição (Presidente e Vice-Presidente da República, nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, nos crimes de responsabilidade conexos com aqueles), em que o julgamento é da competência do Senado Federal, funcionando como presidente o do STF (parágrafo único do art. 52), sendo aplicável a pena de perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis; o processo de julgamento, também chamado de *impeachment*, se desenvolve em duas fases: 1ª) apreciação da Câmara dos Deputados, a qual, se entender procedente a denúncia, pelo voto de dois terços dos seus membros, submete-a a julgamento pelo Senado; caso contrário, procede ao seu arquivamento; trata-se de decisão de natureza política, porque baseada em critérios de oportunidade e conveniência; 2ª) julgamento pelo Senado; se se tratar de crime comum, o julgamento compete ao STF (art. 86); o processo de julgamento segue as normas da Lei nº 1.079, de 10-4-50;
- c) as autoridades mencionadas nos artigos 52, II (Ministros do STF, Membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, Procurador-Geral da República e Advogado-Geral da União), e 85 da Constituição (Presidente da República); a competência para julgamento também é do Senado Federal, com relação aos crimes de responsabilidade, com cabimento da mesma penalidade referida no inciso I; nesse caso, não há necessidade de prévia autorização da Câmara dos Deputados;
- d) as autoridades referidas no artigo 102, I (Ministros de Estado, Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, membros dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas e chefes de missão diplomática), que pela prática de crime comum ou de responsabilidade são processadas e julgadas pelo Supremo Tribunal Federal;
- e) os agentes mencionados no artigo 105, I, “a” (Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais), cujos processo e julgamento competem, originariamente, ao Superior Tribunal de Justiça, quando praticarem crimes comuns e de responsabilidade;
- f) os membros da Magistratura e do Ministério Público federal, referidos no artigo 108, I, “a” (juízes federais, inclusive os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, e os membros do Ministério Público da União), sendo dos Tribunais Regionais Federais a competência para julgamento.

Quanto aos agentes políticos estaduais (Governadores, membros do Poder Judiciário e do Legislativo), as competências são definidas nas respectivas Constituições.

Os crimes de responsabilidade e respectivas sanções são definidos na Lei nº 1.079, de 10-4-50, que inclui o Presidente da República, os Ministros de Estado, os Ministros do STF, o Procurador-Geral da República, os Governadores e Secretários de Estado. A mesma lei estabelece normas sobre o processo de julgamento. A penalidade cabível é a perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal, com fundamento no artigo 52, I e II, ou pelo Poder Judiciário, em consonância com a competência definida nos artigos 102, I, "c", 105, I, "a", e 108, I, "a". Nos casos de competência do Senado (art. 52, I e II), a inabilitação para o exercício de função pública ampliou-se para oito anos.

O entendimento do STF<sup>45</sup> é o de que tais crimes de responsabilidade têm natureza penal, não acompanhando a tese adotada pela doutrina de que se trata de infrações político-administrativas.

No Capítulo 18 será analisada a responsabilidade dos agentes públicos em geral por atos de **improbidade administrativa**.

### 13.8.1 RESPONSABILIDADE CIVIL

A **responsabilidade civil** é de ordem patrimonial e decorre do artigo 186 do Código Civil,<sup>46</sup> que consagra a regra, aceita universalmente, segundo a qual todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo.

Analisando-se aquele dispositivo, verifica-se que, para configurar-se o ilícito civil, exigem-se:

1. **ação** ou **omissão antijurídica**;
2. **culpa** ou **dolo**; com relação a este elemento, às vezes de difícil comprovação, a lei admite alguns casos de responsabilidade **objetiva** (sem culpa) e também de culpa presumida; uma e outra constituem exceções à regra geral de responsabilidade subjetiva, somente sendo cabíveis diante de norma legal expressa;
3. **relação de causalidade** entre a ação ou omissão e o dano verificado;
4. ocorrência de um **dano** material ou moral.

<sup>45</sup> ADI 834-0/MT, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 9-4-99, p. 2; ADI 1.628/SC, Rel. Min. Nelson Jobim, RTJ 166/147. No julgamento de Collor de Mello, o STF decidiu, por maioria de votos, que o *impeachment* constitui um processo de natureza político-penal (MS 21.564/0/DF, impetrado por Fernando Collor de Mello).

<sup>46</sup> Diz o artigo 186 do Código Civil: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

Quando o dano é causado por servidor público, é necessário distinguir duas hipóteses:

1. dano causado ao Estado;
2. dano causado a terceiros.

No primeiro caso, a sua responsabilidade é apurada pela própria Administração, por meio de processo administrativo cercado de todas as garantias de defesa do servidor, conforme artigo 5º, inciso LV, da Constituição. As leis estatutárias em geral estabelecem procedimentos autoexecutórios (não dependentes de autorização judicial), pelos quais a Administração desconta dos vencimentos do servidor a importância necessária ao ressarcimento dos prejuízos, respeitado o limite mensal fixado em lei, com vistas à preservação do caráter alimentar dos estipêndios. Quando o servidor é contratado pela legislação trabalhista, o artigo 462, § 1º, da CLT só permite o desconto com a concordância do empregado ou em caso de dolo.

O desconto dos vencimentos, desde que previsto em lei, é perfeitamente válido e independe do consentimento do servidor, inserindo-se entre as hipóteses de autoexecutoriedade dos atos administrativos.<sup>47</sup> Isto não subtrai a medida ao controle judicial, que sempre pode ser exercido mediante provocação do interessado, quer como medida cautelar que suste a decisão administrativa, quer a título de indenização, quando o desconto já se concretizou.

Para os servidores federais, a Lei nº 8.112/90, no artigo 121, determina que o “servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições”. Pelo artigo 122, “a responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros”. Conforme § 1º do mesmo dispositivo, “a indenização de prejuízo dolosamente causado ao erário somente será liquidada na forma prevista no artigo 46, na falta de outros bens que assegurem a execução do débito pela via judicial”. As reposições e indenizações devidas ao erário devem ser previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de 30 dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado, conforme previsto no artigo 46. Nos termos do § 1º do artigo 46, “o valor da parcela não poderá ser inferior ao correspondente a 10% da remuneração, provento ou pensão”.

<sup>47</sup> O STF, analisando dispositivo da Lei nº 8.112/90, já se posicionou em sentido contrário ao desconto, sem consentimento do servidor, para ressarcimento de prejuízo. A decisão foi no sentido de que “5. a Administração acha-se restrita às sanções de natureza administrativa, não podendo alcançar, compulsoriamente, as consequências civis e penais. 6. À falta de prévia aquiescência do servidor, cabe à Administração propor ação de indenização para a confirmação, ou não, do ressarcimento apurado na esfera administrativa. 7. O art. 46 da Lei nº 8.112, de 1990, dispõe que o desconto em folha de pagamento é a forma como poderá ocorrer o pagamento pelo servidor, após sua concordância com a conclusão administrativa ou a condenação judicial transitada em julgado. 8. Mandado de Segurança deferido” (MS 24182/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 12-2-04).

O artigo 45 veda expressamente que qualquer desconto incida sobre a remuneração ou provento, “salvo por imposição legal, ou mandamento judicial”. Isto significa que a lei não afasta a possibilidade de ser feito desconto dos vencimentos ou proventos, desde que previsto em lei.

Para os servidores estaduais, distritais e municipais, a matéria é tratada nas respectivas Constituições e leis orgânicas.

Em caso de crime de que resulte prejuízo para a Fazenda Pública ou enriquecimento ilícito do servidor, ele ficará sujeito a **sequestro e perdimento** de bens, porém com intervenção do Poder Judiciário, na forma do Decreto-lei nº 3.240, de 8-5-41, e Lei nº 8.429, de 2-6-92 (arts. 16 a 18). Esta última lei dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional. É a chamada lei de improbidade administrativa, que disciplina o artigo 37, § 4º, da Constituição (v. Cap. 18).

Quando se trata de **dano causado a terceiros**, aplica-se a norma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, em decorrência da qual o **Estado responde objetivamente**, ou seja, independentemente de culpa ou dolo, mas fica com o direito de regresso contra o agente que causou o dano, desde que este tenha agido com culpa ou dolo.

Nesse caso, a reparação do dano pode ser feita na esfera administrativa, desde que a Administração reconheça desde logo a sua responsabilidade e haja entendimento entre as partes quanto ao valor da indenização. Caso contrário, a pessoa que sofreu o dano pode pleitear a sua reparação na esfera judicial, mediante ação proposta contra a pessoa jurídica causadora do dano. Em caso de ser julgada procedente a ação, cabe direito de regresso contra o agente causador do dano. A responsabilidade da pessoa jurídica é objetiva, porque independe de culpa ou dolo, enquanto a do agente público é subjetiva.

Na esfera federal, a Lei nº 4.619, de 28-4-65, estabelece normas sobre a ação regressiva da União contra seus agentes, atribuindo a sua titularidade aos Procuradores da República. Hoje, a competência é dos Advogados da União, a quem cabe a representação judicial da União, conforme artigo 131 da Constituição Federal. A propositura da ação é obrigatória em caso de condenação da Fazenda Pública, devendo o seu ajuizamento dar-se no prazo de 60 dias a contar da data em que transitar em julgado a sentença condenatória.

No Estado de São Paulo, a Lei nº 10.177, de 30-12-98, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública estadual, prevê um “procedimento de reparação de danos”, pela pessoa jurídica, na esfera administrativa (arts. 65 e 66); e também estabelece o procedimento para responsabilização do agente público responsável (arts. 67 a 70).

Quanto à prescrição, o artigo 1º-C, acrescentado à Lei nº 9.494, de 10-9-97 pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24-8-01, estabelece que “prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização pelos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras

de serviços públicos”. Vale dizer que a prescrição quinquenal contra a Fazenda Pública, nesse caso, estendeu-se às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, expressão que abrange não só as entidades integrantes da Administração indireta, como também as concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de serviços públicos ou qualquer entidade privada que preste serviço público a qualquer título.

### 13.8.2 RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

O servidor responde administrativamente pelos ilícitos administrativos definidos na legislação estatutária e que apresentam os mesmos elementos básicos do ilícito civil: ação ou omissão contrária à lei, culpa ou dolo e dano.

Nesse caso, a infração será apurada pela própria Administração Pública, que deverá instaurar procedimento adequado a esse fim, assegurando ao servidor o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Constituição.

Os meios de apuração previstos nas leis estatutárias são os **sumários**, compreendendo a verdade sabida e a sindicância, e o **processo administrativo disciplinar**, impropriamente denominado inquérito administrativo, conforme será analisado no capítulo subsequente.

Comprovada a infração, o servidor fica sujeito a penas disciplinares.

Na esfera federal, a Lei nº 8.112/90 prevê, no artigo 127, as penas de advertência, destituição de cargo em comissão, destituição de função comissionada, suspensão, demissão e cassação de aposentadoria; e define, nos artigos subsequentes, as hipóteses de cabimento de cada uma delas.

A pena de cassação de aposentadoria vem gerando controvérsias, principalmente após a instituição do regime previdenciário contributivo para o servidor público. Em texto publicado no site do Conjur, no dia 16-4-15, defendemos a incompatibilidade dessa penalidade com o regime previdenciário de natureza contributiva. No entanto, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo afastou esse entendimento em acórdão proferido no Mandado de Segurança nº 2189771-75.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, j. 1º-7-15. Também o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela constitucionalidade da cassação de aposentadoria, inobstante o caráter contributivo de que se reveste o benefício previdenciário (Ag. Reg. na STA nº 729-SC, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, conforme Informativo nº 791, de 22 a 16.6.2015).

Não há, com relação ao ilícito administrativo, a mesma tipicidade que caracteriza o ilícito penal. A maior parte das infrações não é definida com precisão, limitando-se a lei, em regra, a falar em falta de cumprimento dos deveres, falta de exaço no cumprimento do dever, insubordinação grave, procedimento irregular, incontinência pública; poucas são as infrações definidas, como o abandono de cargo ou os ilícitos que correspondem a crimes ou contravenções.

Isso significa que a Administração dispõe de certa margem de apreciação no enquadramento da falta dentre os ilícitos previstos na lei, o que não significa possibilidade de decisão arbitrária, já que são previstos critérios a serem observados obrigatoriamente; é que a lei (arts. 128 da Lei Federal e 256 do Estatuto Paulista) determina que na aplicação das penas disciplinares serão consideradas a natureza e a gravidade da infração e os danos que dela provierem para o serviço público.

É precisamente pelo fato de a Administração dispor de certa margem de apreciação (ou discricionariedade limitada pelos critérios previstos em lei) na aplicação de penalidade que se exige a precisa **motivação**, para demonstrar a adequação entre a infração e a pena escolhida e impedir o arbítrio da Administração. Normalmente essa motivação consta do relatório da comissão ou servidor que realizou o procedimento; outras vezes, consta de pareceres proferidos por órgãos jurídicos preopinantes aos quais se remete a autoridade julgadora; se esta não acatar as manifestações anteriores, deverá expressamente motivar a sua decisão.

O parágrafo único do artigo 128 da Lei nº 8.112/90, acrescentado pela Lei nº 9.527/97, exige que o ato de imposição da penalidade mencione sempre “o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar”, ou seja, impõe a **motivação** do ato punitivo. A mesma exigência decorre da Lei nº 9.784, de 29-1-99 (Lei de Processo Administrativo federal), a qual, além de prever o princípio da motivação no artigo 2º, *caput*, ainda exige, no parágrafo único, inciso VII, do mesmo dispositivo, a “indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos”. O artigo 50 da mesma lei ainda exige que os atos administrativos sejam motivados, “com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos”, em algumas hipóteses específicas, dentre as quais aquelas que “neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses” (inciso I) e “imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções”.

Como medidas preventivas, a Lei nº 8.112/90, no artigo 147, estabelece o **afastamento preventivo** por 60 dias, prorrogáveis por igual período, quando o afastamento for necessário para que o funcionário não venha a influir na apuração da falta cometida. Isto sem falar no **sequestro e perdimento de bens**, já referidos.

Para os servidores temporários, o regime disciplinar, na esfera federal, é parcialmente regido pela Lei nº 8.112/90, tendo em vista que a Lei nº 8.745/93, no artigo 11, manda aplicar aos mesmos algumas normas daquela lei, dentre elas a do artigo 127, I, II e III (penas de advertência, suspensão e demissão) e a do artigo 132, incisos I a VII e IX a XIII (hipóteses em que cabe a pena de demissão). A apuração das infrações é feita “mediante sindicância, concluída no prazo de trinta dias e assegurada ampla defesa” (art. 10 da Lei nº 8.745/93).

Para os servidores temporários das outras esferas de governo a matéria deve ser disciplinada por legislação própria.

Para os servidores celetistas, a Lei nº 9.962, de 22-2-00, determina a sua sujeição às normas da CLT, no que a lei não dispuser em contrário. Dentre as hipóteses de rescisão unilateral do contrato de trabalho, inclui-se “a prática de falta grave, dentre as enumeradas no artigo 482 da CLT” e a “acumulação ilegal de cargos, empregos

ou funções públicas”. Não há exigência de processo administrativo disciplinar (só exigido pela Constituição, no art. 41, § 1º, inciso II, para os servidores estáveis), porém tem que ser realizado um procedimento sumário para apuração de responsabilidade, em observância ao artigo 5º, LV, da Constituição.

### 13.8.3 RESPONSABILIDADE PENAL

O servidor responde penalmente quando pratica crime ou contravenção. Existem, no ilícito penal, os mesmos elementos caracterizadores dos demais tipos de atos ilícitos, porém com algumas peculiaridades:

1. a ação ou omissão deve ser antijurídica e **típica**, ou seja, corresponder ao **tipo**, ao modelo de conduta definido na lei penal como crime ou contravenção;
2. dolo ou culpa, sem possibilidade de haver hipóteses de responsabilidade objetiva;
3. relação de causalidade;
4. dano ou perigo de dano: nem sempre é necessário que o dano se concretize; basta haver o risco de dano, como ocorre na tentativa e em determinados tipos de crime que põem em risco a incolumidade pública.

Para fins criminais, o conceito de servidor público é amplo, mais se aproximando do conceito de agente público. O artigo 327 do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 9.983, de 13-7-00, considera “funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”. O § 1º equipara a funcionário “quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”. O sentido da expressão *entidade paraestatal*, nesse dispositivo, tem sido objeto de divergências doutrinárias, alguns entendendo que só abrange as autarquias, outros incluindo as empresas públicas e sociedades de economia mista. Razão assiste aos que defendem este último entendimento, pois, se o empregado de entidade privada é considerado funcionário público, para fins criminais, pelo fato de a mesma prestar atividade típica da Administração Pública, com muito mais razão o empregado das sociedades de economia mista, empresas públicas e demais entidades sob controle direto ou indireto do poder público, que fazem parte integrante da Administração Pública indireta.

A responsabilidade criminal do servidor é apurada pelo Poder Judiciário. De acordo com o artigo 229 da Lei nº 8.112/90, é assegurado auxílio-reclusão à família do servidor ativo, nos seguintes valores: dois terços da remuneração, quando afastado por motivo de prisão, em flagrante ou preventiva, determinada pela autoridade

competente, enquanto perdurar a prisão; ou metade da remuneração, durante o afastamento, em virtude de condenação, por sentença definitiva, a pena que não determine a perda do cargo. Pelo § 3º do mesmo dispositivo, incluído pela Lei nº 13.135/15, “o auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do servidor recolhido à prisão”.

Pelo Estatuto de São Paulo (art. 70), o funcionário perde, em qualquer hipótese, **dois terços** do vencimento.

O artigo 13 da Emenda Constitucional nº 20/98 determina que “até que a lei discipline o acesso ao salário-família e auxílio-reclusão para os servidores, segurados e seus dependentes, esses benefícios serão concedidos apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), que, até a publicação da lei, serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social”. Embora o dispositivo faça referência a **servidores**, tem-se que entender que se trata daqueles filiados ao regime geral de previdência social, tendo em vista que o artigo 13 constitui disposição transitória baixada para fixar um requisito para acesso ao auxílio-reclusão enquanto não for o mesmo estabelecido em lei. A única norma constitucional, que precisava da aludida disposição transitória é a contida no artigo 201, inciso IV, com a redação dada pela mesma Emenda 20; nela se inclui entre os benefícios cobertos pela seguridade social o “auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda”. Não há, na parte referente aos servidores públicos (artigos 37 a 41) qualquer referência a esse benefício, que pudesse estar abrangida pela norma transitória constante do artigo 13 da Emenda. Por outras palavras, o objetivo do artigo 13 foi apenas o de definir, transitoriamente, o que se entende por “segurados de baixa renda”, para fins de auxílio-reclusão.

Em consequência, não se alteram as normas legais referentes ao auxílio-reclusão assegurado para os servidores estatutários.

### 13.8.4 COMUNICABILIDADE DE INSTÂNCIAS

Quando se analisa o tema, bastante complexo, da repercussão da decisão proferida pelo juiz criminal sobre a órbita administrativa, devem-se separar duas hipóteses profundamente diversas:

1. uma em que a infração praticada pelo funcionário é, ao mesmo tempo, definida em lei como ilícito penal e ilícito administrativo;
2. a outra em que a infração praticada constitui apenas ilícito penal.

Na primeira hipótese, instauram-se o processo administrativo disciplinar e o processo criminal, prevalecendo a regra da independência entre as duas instâncias, ressalvadas algumas exceções, em que a decisão proferida no juízo penal deve prevalecer, fazendo coisa julgada na área cível e na administrativa.

A regra fundamental sobre a matéria está contida no artigo 935 do Código Civil, em cujos termos não se poderá questionar mais sobre “a existência do fato ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”. A mesma norma se continha no artigo 1.525 do Código Civil de 1916. Em consonância com esse dispositivo, o artigo 126 da Lei nº 8.112/90 determina que “a responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou da sua autoria”.

Por sua vez, o artigo 65 do Código de Processo Penal determina que “faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”. E o artigo 66 estabelece que “não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”.

Quando o funcionário for **condenado** na esfera criminal, o juízo cível e a autoridade administrativa não podem decidir de forma contrária, uma vez que, nessa hipótese, houve decisão definitiva quanto ao fato e à autoria, aplicando-se o artigo 935 do Código Civil de 2002.

Quando a sentença for pela **absolvição**, há que se distinguir os seus vários fundamentos, indicados no artigo 386 do Código de Processo Penal (com a redação alterada pela Lei nº 11.690/08), nos seguintes termos:

“Artigo 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

- I – estar provada a inexistência do fato;
- II – não haver prova da existência do fato;
- III – não constituir o fato infração penal;
- IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;
- V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;
- VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal) ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;
- VII – não existir prova suficiente para a condenação”.

Repercutem na esfera administrativa as decisões baseadas nos incisos I, IV e VI; nos dois primeiros casos, com base no artigo 935 do Código Civil e, no último, com esteio no artigo 65 do Código de Processo Penal.

Não repercutem na esfera administrativa:

1. a hipótese do inciso III, porque o mesmo fato que não constitui crime pode corresponder a uma infração disciplinar; o ilícito administrativo é

menos do que o ilícito penal e não apresenta o traço da **tipicidade** que caracteriza o crime;

2. as hipóteses dos incisos II, V e VII, em que a absolvição se dá por falta de provas; a razão é semelhante à anterior: as provas que não são suficientes para demonstrar a prática de um crime podem ser suficientes para comprovar um ilícito administrativo.

A respeito do assunto, farta é a jurisprudência administrativa e judicial. O DASP, na esfera federal, já emitiu algumas Formulações a esse respeito:

“nº 30 – A absolvição judicial só repercute na esfera administrativa se negar a existência do fato ou afastar do acusado a respectiva autoria”.

“nº 71 – A Administração pode demitir funcionário por corrupção passiva com base, apenas, no inquérito administrativo”.

“nº 278 – A absolvição do réu-funcionário, por não provada a autoria, não importa em impossibilidade da aplicação de pena disciplinar”.

Merecem ser citadas também algumas decisões judiciais, extraídas da obra de José Armando da Costa (1987:242):

“Absolvição criminal fundada em ausência de prova no tocante à autoria não exclui a punição administrativa de funcionário público baseada em inquérito” (STF, RE 85.314, DJ 2-6-78, p. 3.031).

“Demissão de servidor público. Legalidade do ato, o qual não se afeta pela absolvição criminal do servidor por carência de melhor prova do fato denunciado” (TFR, AC. 20.188, DJ 16-5-79, p. 3.784).

“O autor não foi denunciado no juízo criminal por nenhum dos fatos consignados no relatório e que serviram de base à punição administrativa. A instância administrativa, no livre exercício de seu poder legal, julgou a prova colhida no inquérito suficiente para a condenação à pena de demissão, que impôs. E o autor não trouxe para os autos provas capazes de ilidirem aquelas que serviram de esteio ao ato administrativo impugnado. Nem demonstrou sua não conformidade com o direito escrito” (TFR, AC. 29.542, DJ 3-12-79, p. 9.120).

Todas essas decisões referem-se a hipóteses em que o funcionário incidiu, pelo mesmo ato, simultaneamente em falta disciplinar e em crime. É exatamente a hipótese a que se refere o artigo 136 da Constituição do Estado, pelo qual “o servidor público civil demitido por ato administrativo, se absolvido pela Justiça, na ação referente ao ato que deu causa à demissão, será reintegrado ao serviço público, com todos os direitos adquiridos”. Essa norma tem que ser interpretada à luz dos

dispositivos do CC e CPP, já mencionados, não significando que, em qualquer hipótese, a decisão judicial repercute sobre a administrativa; ela repercute apenas nas hipóteses já mencionadas pois, a aceitar-se outra interpretação, estar-se-ia pondo fim à independência entre as instâncias penal e administrativa, com manifesta ofensa ao princípio da separação de Poderes.

Totalmente diversa é a situação se o funcionário público for processado na esfera penal por fato que constitui crime mas não corresponde a ilícito administrativo. Nesse caso, quer-nos parecer que a decisão absolutória proferida pelo juiz criminal, **qualquer que seja a fundamentação da sentença**, repercute sobre a esfera administrativa, porque, nessa matéria, a competência é exclusiva do Judiciário; o funcionário só pode ser punido pela Administração se, além daquele fato pelo qual foi absolvido, houver alguma outra irregularidade que constitua infração administrativa, ou seja, a chamada **falta residual** a que se refere a Súmula nº 18 do STF, *in verbis*: “pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público”.

Não havendo falta residual, a absolvição na esfera criminal tem que ser reconhecida na órbita administrativa. Nesse sentido é o pensamento de José Armando da Costa (1987:237), quando afirma: “sem embargo, acentue-se que toda sentença penal absolutória repercute na instância disciplinar quando a falta funcional, em sua definição legal, se escudar exata e precisamente num tipo penal. Nesses casos, o decisório criminal definitivo, qualquer que seja o seu fundamento, constituirá *res judicata* no âmbito disciplinar”.

Além da Súmula nº 18, merecem ser citados alguns acórdãos em que esse entendimento é reiterado pelos Tribunais:

Desde que o servidor foi absolvido em processo criminal e nenhum resíduo restou **sob o aspecto administrativo**, não se justifica a sua demissão (TJSP, in RDP 16/249).

“A absolvição no crime produz efeito na demissão do funcionário desde que não haja resíduo a amparar o processo administrativo” (STF, in RDA 51/177).

“Se a decisão absolutória proferida no juízo criminal não deixa resíduo a ser apreciado na instância administrativa, não há como subsistir a pena disciplinar” (STF, in RDA 123/216).

“Se o inquérito administrativo se baseia tão só em fato previsto como crime, a absolvição faz desaparecer o motivo do procedimento administrativo, se do fato não restou resíduo para a pena disciplinar” (STF, in RDP 34/131).

Na esfera federal, ficou devidamente reconhecida a **dependência** da esfera administrativa em relação à **criminal**, quando o funcionário esteja indiciado apenas por **crime**. Com efeito, o artigo 207 do Estatuto (Lei nº 1.711, de 28-10-52) indicava as hipóteses de aplicação da pena de demissão, mencionando, no inciso I, “o crime contra a admi-

nistração pública”. Pois bem, o DASP já definiu que “não pode haver demissão com base no inciso I do artigo 207 do Estatuto dos Funcionários, se não a precede condenação criminal” (Formulação nº 128). E justifica: “a única hipótese em que a Administração está adstrita a aguardar a prestação jurisdicional é a do inciso I do artigo 107, onde se fala genericamente do crime contra a Administração Pública. Em todas as outras, a Administração não necessita aguardar o desfecho do procedimento criminal, vez que a previsão do fato criminoso como ilícito disciplinar autônomo a autoriza a agir desde logo, aplicando a pena que o Estatuto cominar” (parecer no Processo nº 1.485, de 6-4-67, apud José Armando da Costa, 1987:240). A Lei nº 8.112, de 1990, no artigo 132, I, repete a mesma norma que constava do artigo 207 do Estatuto anterior.

É verdade que a vida privada do funcionário, na medida em que afete o serviço, pode interessar à Administração, levando-a a punir disciplinarmente a má conduta fora do cargo. Daí alguns estatutos incluírem, entre os deveres funcionais, o de “proceder na vida pública e privada na forma que dignifique a função pública” e punirem com demissão o funcionário que “for convencido de **incontinência pública e escandalosa**”. Pela mesma razão, alguns consideram que o “procedimento irregular”, punível com demissão, pode abranger o mau procedimento na vida privada ou na vida funcional (cf. Carlos S. de Barros Júnior, 1972:109).

Quanto à incontinência pública e escandalosa, não é qualquer crime que pode ser enquadrado como tal. Consoante ensinamento de A.A. Contreiras de Carvalho (1955, v. 2:156), ela “consiste na falta de abstenção de prazeres sensuais, ou melhor, na prática destes em termos imoderados, expondo quem os pratica e se de modo público e escandaloso, ao ridículo e à condenação da sociedade”.

Também Themístocles Brandão Cavalcanti (1958, t. 2:258) dá ideia do que seja essa infração, ao afirmar que “todas essas faltas são apenas manifestações públicas e ostensivas, com manifesto escândalo, pelo grau e pela frequência, de hábitos contrários a uma vida ordenada, nos moldes de um comportamento adequado aos hábitos de nossa sociedade”.

Quanto ao “**procedimento irregular** de natureza grave”, não definido legalmente, não nos parece que possa abranger, indiferentemente, qualquer tipo de má conduta do funcionário na vida privada. Carlos S. de Barros Júnior (1972:108), discorrendo sobre o tema, assim se manifesta: “de qualquer forma, como à Administração não pode deixar de interessar, pelo que ficou dito, a má conduta fora do cargo, devem as autoridades, principalmente aqui, gozar de liberdade de incriminação, para considerar, de modo discricionário, os fatos dessa natureza, que lhes sejam submetidos. Basta atentar, por exemplo, para a circunstância de que o juízo sobre o mau procedimento dependerá muito, não só da categoria do funcionário, como da natureza de suas atribuições, sendo certo que, sob esse aspecto, muito mais estritos serão os deveres de um juiz ou professor, por exemplo, do que os de um agente de pequena categoria ou operário do Estado”.

É de se lembrar também que existem defensores da tese de que o “procedimento irregular” somente se caracteriza quando se trate de ilícito funcional. Nesse sentido,

já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo que “o procedimento irregular, previsto no Estatuto, é relativo à atividade funcional do servidor público e não à sua conduta na vida privada” (RDA 52/188). Em defesa desse entendimento, o acórdão cita a lição de Themístocles Brandão Cavalcanti, que considera como tal “o procedimento escandaloso, no sentido de sua desconformidade entre o procedimento funcional e a falta de cumprimento dos deveres do cargo”. E cita também o entendimento adotado pelo DASP no sentido de que o procedimento irregular é aquele “oposto à justiça ou à lei, e contrário aos princípios de moral com que se deve conduzir o funcionário no desempenho do cargo ou função pública”.

Entendendo coerente essa posição, quer-nos parecer que a má conduta na vida privada, para caracterizar-se como ilícito administrativo, tem que ter, direta ou indiretamente, algum reflexo sobre a vida funcional, sob pena de tudo, indiscriminadamente, poder ser considerado “procedimento irregular” e ensejar demissão.

Finalmente, é importante ressaltar que no próprio Código Penal houve uma evolução no sentido de limitar os reflexos da conduta do funcionário fora do cargo sobre a situação funcional. Antes da alteração da Parte Geral, procedida pela Lei nº 7.209, de 11-7-84, a perda da função pública constituía pena acessória quando o servidor fosse condenado à pena privativa de liberdade por crime praticado com violação de dever inerente à função pública, ou condenado por outro crime à pena de reclusão por mais de dois anos, ou detenção por mais de quatro anos; neste último caso, a perda decorria automaticamente da sentença, ainda que não houvesse declaração expressa (arts. 82, I, 83 e 87).

A partir da alteração decorrente daquela lei, a perda do cargo, função pública ou mandato deixou de ser pena acessória e passou a constituir efeito da condenação apenas nos crimes praticados com **abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública** e desde que a pena aplicada seja superior a quatro anos; além disso, esse efeito não é automático, devendo ser motivadamente declarado na sentença (art. 92, I e parágrafo único).

Mais recentemente, a Lei nº 9.268, de 1º-4-96, alterou o artigo 92 do Código Penal, passando a prever a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo em duas hipóteses: (a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; (b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos nos demais casos. Manteve-se a exigência do parágrafo único.

Os próprios Estatutos dos Funcionários Públicos admitem, em regra, a possibilidade de continuar o funcionário como titular do cargo, não obstante condenado em processo criminal, determinando que, no caso de condenação, se esta não for de natureza que acarrete a demissão do funcionário, ele seja considerado afastado até o cumprimento total da pena, com direito a receber parte do vencimento ou remuneração. Mais um argumento para reforçar a tese de que o ilícito penal, só por si, não enseja punição disciplinar.