

# **Considerações críticas acerca do regime jurídico dos servidores no Brasil. Embate entre o patrimonialismo e o sistema de mérito**

FRANCISCO DE Q. B CAVALCANTI\*

## **Considerações gerais**

O regime dos Servidores públicos no Brasil representa um significativo exemplo do conflito entre conquistas republicanas e democráticas e constantes e por vezes bem sucedidas investidas do modelo patrimonialista que secularmente prejudica o desenvolvimento das instituições públicas neste país.

A Constituição de 1988 caracterizou-se, no tocante à Administração Pública, pela ampliação da normatização constitucional, quer quanto às regras, quer quanto aos princípios. Pode-se afirmar da ocorrência de um processo de “constitucionalização do Direito Administrativo” fruto do denominado neoconstitucionalismo. Tal fenômeno de constitucionalização não ocorreu, isoladamente, em relação a este relevante segmento do direito público. Em verdade, a Constituição de 1988 caracterizou-se pela excessiva ampliação da tutela direta, chegando a doutrina a defender a partir dessa modelagem, a existência de um direito administrativo constitucional, um direito tributário constitucional, um direito do trabalho constitucional e até em relação àquelas áreas do direito historicamente rotuladas como direito privado, de um direito civil constitucional, dentre outros. Vários fatores, inclusive, e sobretudo, a preocupação com o risco, pelos exemplos pretéritos, de violação de direitos, fez com que o constituinte entendesse que “constitucionalizando direitos”, os ampliaria e reforçaria as

---

\* Professor Titular de Direito Administrativo e Diretor da Faculdade de Direito da UFPE.

defesas contra indevidas violações. Luís Roberto BARROSO, bem destaca esse quadro, lembrando que a Constituição de 1988:

tem a virtude suprema de simbolizar a travessia democrática brasileira e de ter contribuído decisivamente para a consolidação do mais longo período de estabilidade política da história do país. Não é pouco. Não se trata por suposto, da constituição de nossa maturidade institucional. É a constituição de nossas circunstâncias. Por vício e por virtude, seu texto final expressa uma heterogênea mistura de interesses legítimos dos trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais, acumulados com paternalismos, reservas de mercado e privilégios corporativos. A euforia constituinte –saúdável e inevitável após tantos anos de exclusão da sociedade civil– levaram a uma Carta que, mais do que analítica, é prolixa e corporativa.<sup>1</sup>

Infelizmente, a realidade tem evidenciado que, muitas vezes, não é com a constitucionalização de direitos individuais e coletivos que esses passam a ter maior imperatividade, tal só se obtém ao se assegurar mecanismos para a obtenção de ganhos de efetividade e de eficácia. No tocante ao regime dos servidores públicos nota-se uma surda e ferrenha luta entre a pretensão de transformá-lo em algo republicano e democrático e, de outra banda interpretações que visão buscar caminhos, alternativas para preservação de rotas de apadrinhamento, indicações por critérios patrimonialistas, etc.

A Constituição brasileira de 1988 discorre amplamente sobre a Administração Pública, com censurável detalhamento e contendo um verdadeiro estatuto dos servidores públicos. Não obstante, contém algumas virtudes como a dissociação da função administrativa da atividade de governo e a enunciação expressa de princípios setoriais do direito administrativo, que na redação original eram os da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. A emenda constitucional no. 19, de 04.06.98, acrescentou ao elenco o princípio da eficiência.<sup>2</sup>

Esse outro aspecto relevante no tocante à disciplina constitucional da Administração Pública, quer no sentido subjetivo, quer no sentido objetivo de atividade de administrar, exercida diretamente pelo Estado, ou por entes privados para os quais o exercício da atividade tenha sido transferido, foi a inserção no texto constitucional de um amplo elenco de princípios explícitos, como os da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, elenco que viria a ser ampliado com o princípio da eficiência (introduzido pela EC no.19) e da economi-

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto: “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito”, *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, vol. 28, núm. 60, Porto Alegre, julho/dezembro 2004, p. 55.

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto: ob. cit., p. 54.

dade. Além desses, vários outros princípios têm sido entendidos como implícitos, extraíveis do texto constitucional, quer pela doutrina, quer pelos órgãos no exercício da jurisdição constitucional, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, cuja importância, como órgão central do sistema de jurisdição constitucional, foi sendo paulatinamente ampliada.

No tocante à principiologia da Administração Pública, que aqui se invoca “*en passant*,” nesses quase trinta anos, uma das mais relevantes alterações da CF/88 foi a introdução pela EC 19/98 da *eficiência* como princípio constitucional ao lado dos demais existentes desde a redação original de 1988. Esse foi, inclusive, invocado, como fundamento para reformas ocorridas em relação ao regime dos servidores públicos. Ressalte-se, entretanto, que, vários dos dispositivos constitucionais introduzidos visando possibilitar reforma na Administração Pública para concretização dos princípios constitucionais não tiveram efetividade pela não aprovação das leis instrumentais. Nesse sentido, cite-se, como exemplo, a alteração do art. 41 do texto constitucional, com a introdução do inc. III, para prever de ruptura do vínculo do servidor público estável, por insuficiência de desempenho, em avaliação periódica, com procedimento regular, assegurada àquele ampla defesa e o contraditório. Essa alteração, introduzida há dez anos pela EC no.19/98, ainda hoje depende da edição de lei complementar ainda por vir. Na mesma linha, em inúmeros outros casos, tem ocorrido a inércia, a omissão do legislador. Cite-se, p. ex., que a EC no.19/98 veio a prever, com a nova redação dada ao Art. 27 do ADCT que no prazo de 120 dias da promulgação dela (ocorrida em 04 de junho de 1998) o Congresso elaboraria *lei de defesa do usuário de serviços públicos*. Passados tantos anos, lei alguma foi aprovada. Essa inércia do Parlamento brasileiro vem sendo, objeto de críticas fundadas de relevantes segmentos da sociedade brasileira e de atuação substitutiva de outros Poderes.

Muitos dos problemas que afligiam a Administração Pública, como o patrimonialismo sob várias facetas: *spoil system* em relação à investidura em relação aos cargos comissionados, falta de profissionalismo, excesso de terceirizações etc. ainda persistem. Aos poucos, entretanto, avanços vão se constatando. Não se pode desconhecer a ocorrência de relevantes alterações na disciplina constitucional da Administração Pública brasileira, o que não significa afirmar que as mudanças, necessariamente significaram melhoria do regramento inicial.

Mister se reconhecer que as relevantes alterações na disciplina constitucional da Administração Pública no período 1988–2008 tiveram um móvel, sobretudo econômico. A ideologia neoliberal, a influência do denominado consenso de Washington, tiveram importante papel na motivação das mudanças ocorridas que alteraram, inclusive, o perfil do Estado, retraindo a participação estatal como agente da atividade econômica e também do terceiro setor, passando aquele, no tocante ao setor produtivo a privilegiar a atividade regulatória, desestatizando parcela significativa do setor produtivo que se encontrava em poder

do Estado. No chamado terceiro setor estimularam-se as terceirizações para novos modelos de entidades como as Organizações Sociais (lei no. 9.637/98) e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (lei no. 9.790/99).

A Constituição de 1988, na forma original, manteve, basicamente, a mesma estrutura da Administração Pública pré-existente. Houve grandes inovações no tocante a direitos e garantias dos administrados. Só no início dos anos noventa é que começaram a ocorrer inúmeras modificações de relevo, para atender ao novo modelo de Estado que se pretendia instalar. Suprimiram-se monopólios, como o do petróleo, das telecomunicações. Surgiram as previsões constitucionais dos entes reguladores nas áreas de petróleo e telecomunicações, alteraram-se as regras restritivas à existência de concessionárias não estatais em áreas relevantes como telecomunicações, petróleo, gás canalizado nas áreas urbanas, modificaram-se as regras referentes às licitações para empresas estatais exploradoras de atividades econômicas. Houve, em decorrência, a edição da lei no.8.987/95 (lei geral de concessões, prevista desde o período Vargas e até então não editada), a disciplina da exploração de petróleo por entidades não privadas (lei no. 9.478/97). Aguçou-se a contratualização e a terceirização das atividades estatais.

## **O regime constitucional dos servidores**

Já em relação ao regime jurídico dos servidores públicos dúvida não há que a Constituição originariamente trouxe várias inovações de relevo, tais como, a introdução de regimes jurídicos únicos para os servidores dos entes públicos nas três esferas da federação, ampliação dos direitos dos inativos (aposentados e pensionistas), com garantia de integralidade e paridade quando dos reajustes, em relação aos servidores ativos, direito à sindicalização e à greve, dentre outros. Com as reformas dos anos noventa é que iniciar-se-iam as alterações de regras relevantes no tocante aos servidores públicos, tudo isso no contexto das modificações do modelo de Estado, o que só foi possibilitado, também, pelas mudanças em vários dispositivos constitucionais até então limitadores da participação privada no exercício de serviços públicos e de serviços econômicos de caráter geral e pela revogação do art. 171 do texto original que diferenciava empresa brasileira (conceito meramente formal a partir do local de constituição e da sede) e empresa brasileira de capital nacional (conceito material que definia a condição de brasileira a partir do efetivo controle societário por nacionais). Reproduzo, aqui, de modo mais limitado, considerações, relevantes, propedêuticas para entendimento das razões que levaram a essas sensíveis alterações no modelo de Estado brasileiro poucos anos após a entrada em vigor da nova Constituição.

Defendiam, os construtores dessas reformas que:

O Estado, assim como as demais instituições da sociedade, enfrenta, portanto, o desafio de sua Perestroika, de sua reestruturação, a partir de sua própria razão de ser, assim como de sua relação com as demais instituições (...). É o contexto das novas realidades de um mundo em transformação, acima esboçadas, que constituem o maior desafio para adequação das instituições. Aquelas que não o conseguirem serão superadas, seja por ficarem à margem, girando em falso, inúteis, seja por implodirem, ao serem socialmente consideradas um obstáculo ao desenvolvimento.<sup>3</sup>

A figura do Estado social, tal como tradicionalmente conhecida, e concebida no Brasil desde a Carta de 1934, embora apenas parcialmente implantada foi enfraquecida com as alterações introduzidas no texto constitucional.

Em relação aos servidores públicos as principais modificações ocorridas no regime constitucional objetivaram a redução de despesas, embora o conjunto de reformas explicitasse também a idéia de possibilitar, também nesse campo a implementação do princípio da eficiência. Houve, no tocante à legislação infra-constitucional, uma série de mudanças visando reduzir o crescimento, inclusive vegetativo das folhas de pagamento, suprimindo-se, p. ex., as incorporações de vantagens financeiras, os adicionais por tempo de serviço, reduzindo o valor das pensões, estimulando a permanência dos servidores em serviço ativo após implementarem as condições para a aposentadoria. No âmbito constitucional, houve, também, uma gama de mudanças, conforme ver-se-á neste trabalho, visando controlar e reduzir as despesas. A edição da Lei Complementar no. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), as alterações no sistema

previdenciário especial, aliado ao fato de a implantação de um sistema de previdência complementar contratual representar um atrativo negócio para o setor financeiro,<sup>4</sup> tudo isso, aliado à necessidade de aperfeiçoamento do sistema e de outro lado, as pressões patrimonialistas geraram as modificações ocorridas nessas duas décadas, nem sempre harmônicas, ou coerentes.

Observe-se, por exemplo, a enorme ampliação das hipóteses de contratações temporárias para suprir situações que deveriam ser, apenas, as relevantes e emergenciais. A lei nº 8.745, de 09 de dezembro de 1993, teve as hipóteses do seu art. 2º extremamente ampliadas, além de haver dilatação dos prazos dessas contratações. Por outro lado, muitas das atividades meio, passaram a ser contratadas com empresas terceirizadas, locadoras de mão de obra, possibilitando

<sup>3</sup> PEREIRA, L. C. Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (orgs.): *Sociedade e Estado em transformação*, Unesp/ENAP, Brasília, 2001, p. 22.

<sup>4</sup> MITCHELL, Olívia S.; BODIE, Zvi; HAMMOND, P. Brett; ZELDES, Stephen. *Innovations in retirement financing*, University of Pennsylvania Press, Filadélfia, 2002, pp. 149 e segs.

que, na informalidade, dirigentes de Entes públicos e Políticos indiquem aqueles que seriam contratados pelas prestadoras de serviços.

Outro problema é excessiva dimensão dada pelo legislador federal, estadual e municipal à figura do **cargo comissionado**. Tal, tem possibilitado a ocorrência de enormes distorções. O caso dos órgãos legislativos é patente. Tem-se um elevado número de comissionados junto aos gabinetes e demais órgãos das Assembléias Legislativas em detrimento do ingresso por concurso público para os cargos de provimento efetivo. Nesses casos pode-se afirmar que a pirâmide funcional é invertida. No topo, enorme número de comissionados, na maioria das vezes indicados por critérios não técnicos e na base os de provimento efetivo.

O neoliberalismo resultou em alteração do modelo inicial da Constituição de 1988, cuja versão original, inclusive em relação à Administração Pública, representou o último momento de uma postura de Estado. Como já salientado essas modificações foram motivadas nos Estados subdesenvolvidos, ou periféricos, não só pela influência da ideologia prevalente nos países desenvolvidos, sobretudo do ocidente, mas também pela exaustão financeira dos mesmos. O fenômeno da globalização, ou da mundialização se agiganta e faz o Estado perder importância como um dos principais indutores do fenômeno econômico e do desenvolvimento social. Chega-se a afirmar, com grande ênfase e infelizmente com graves riscos de veracidade que:

A disciplina dos mercados sobre as políticas econômicas nacionais significa perda definitiva da soberania econômica nacional ainda que não a capacidade de intervenção. Em outras palavras, os Estados, todos os Estados têm de navegar no sistema financeiro global e adotar suas políticas em primeiro lugar, às exigências e conjunturas desse sistema, o que coloca dois problemas: primeiro é que as regras do jogo inscritas nos mercados financeiros obrigam a assegurar taxas de lucros aos investidores o que definitivamente desloca a geração de riquezas para a empresa privada limitando a redistribuição (e o esbanjamento público, não o privado) ao qual seja factível, uma vez garantido um rendimento normalizado em termos globais. O segundo e muito mais importante é que o comportamento dos mercados financeiros, freqüentemente, não obedece a critérios econômicos mas sim a turbulências informativas, as quais quando surgem, são utilizadas por movimentos especulativos que desencadeiam movimentos de capitais de tal amplitude que se tornam incontroláveis pelos Bancos Centrais.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> CASTELLS, Manuel: "Para o Estado-Rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação", in PEREIRA, L. C. Bresser; WILHEIM, Jorge y SOLA, Lourdes (orgs.): ob. cit., p. 151.

A Constituição de 1988, em sua versão original, representou o último suspiro de um modelo de desenvolvimento que viria poucos anos depois a ser substancialmente alterado, motivado pelas alterações no modelo de Estado, com redução das Empresas estatais, desenvolvimento do programa de desestatização do setor de produção de bens e serviços, adoção do modelo de concessões a partir da lei 8.987/95 e das concessões especiais denominadas Parcerias Público-Privadas (PPPs) e do início das contratualizações no chamado terceiro setor com o surgimento das figuras das OSCIPs e das OS, em relação às quais os controles estatais, inclusive no tocante à aplicação de verbas públicas tem sido de enorme ineficiência.

## Os servidores na CF. de 1988

Partindo-se para o tópico mais específico deste texto, pode-se afirmar que o **regime constitucional dos servidores da Administração Pública**, na Constituição de 1988 acha-se concentrado, sobretudo, nos arts. 37 a 42, do texto, embora não se possa deixar de lembrar a disciplina

dos instrumentos de controle judicial e extrajudicial, constantes do art. 5º, dispositivo esse, inclusive que baliza a atuação do estado em inúmeros campos, como o da propriedade e sua função social; o art. 7º e os incisos aplicáveis aos servidores estatutários; o art. 169, que fixa limites de despesa; os arts. 170, 173 e segs, relevantes para a definição das formas de atuação dos entes públicos no tocante á ordem econômica; os arts. 21, 24, 25 e 29, que fixam competências administrativas dos entes políticos, dentre tantos outros dispositivos que fixam regras e princípios, inclusive implícitos aplicáveis. Pela natural limitação do corrente trabalho, nem todos esses rincões da disciplina constitucional da Administração Pública serão aqui estudados. A abrangência deste limitar-se-á às modificações do perfil da Administração Pública nessas duas décadas em relação aos servidores públicos.

Iniciar-se-á a análise pretendida pelo elemento humano necessário ao desempenho das atividades da Administração Pública: os servidores públicos. Esses tiveram uma ampliação no conjunto de direitos constitucionalizados a ele aplicáveis, ocorrendo, também, expressa remissão a direitos sociais pertinentes aos trabalhadores do regime geral do setor privado, previstos no art. 7º da Carta Constitucional. Houve, sem dúvida, excesso na disciplina constitucional dos servidores públicos por isso que parte da doutrina chega a esboçar uma referencia a constitucionalização do Estatuto. Tal fato leva a uma dificuldade teórica em qualquer tentativa de estudo do regime constitucional dos servidores públicos, pois, aquele está enxertado por vários preceitos meramente estatutários, no sentido de estatuto- conjunto e direitos e deveres, sem qualquer essência constitucional.

No tocante à disciplina do ingresso de servidores no serviço público, a CF/88 é meritória. Desde a sua versão original, já reforçara um **princípio fundamental** na sociedade democrática que é o do **livre acesso**. Consagrou esse princípio **com bem maior amplitude que o fizeram as Constituições anteriores** que previam pluralidade de regimes jurídicos, mas inseriam o concurso público como requisito para a investidura em vínculo estatutário, e esse era limitado apenas às carreiras de estado e , ainda possibilitavam exceções, mesmo nos vínculos dessa natureza, sobretudo em relação a cargos isolados. Nesse sentido observe-se que **a EC no. 01/69, permitia a não realização de concursos públicos para cargos estatutários, desde que tal exceção fosse prevista em lei** (art. 97, parág. 2º, da EC no. 01/69). Essa exceção possibilitava que cargos públicos estatutários fossem providos, sem concurso público. Pode-se exemplificar com a legislação do Estado de Pernambuco que previa a investidura sem concursos públicos para relevantes cargos da Administração Pública como de Consultor Jurídico e Procurador do Estado.

Os concursos eram, antes da atual ordem constitucional, bastante limitados e o ingresso no serviço público se dava, sobretudo através de *indicações* pessoais, *políticas, seguindo a tradicional e lamentável trilha, tão presente na história da administração pública brasileira*. Pertinente a lembrança de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO no sentido de que aquela forma de contratação pela legislação trabalhista, no regime constitucional anterior quase sempre era “expediente para burlar a regra da admissão pelo mérito, a gosto do paternalismo e do empreguismo, que sempre sacrificaram o serviço público, tornando benéficos o que deveriam ser ofícios, havia quem o defendesse a pretexto de trazer ao serviço público a flexibilidade e a eficiência da empresa privada, em matéria de administração de pessoal”.<sup>6</sup> Ressalte-se, de qualquer modo que, no âmbito federal, para ingresso nas tabelas permanentes, com vínculos trabalhistas dos entes públicos, era exigível desde a década de setenta o concurso. O mesmo não ocorria, em relação às contratações no âmbito das empresas estatais em geral, inclusive federais, onde o critério das indicações prevaleceu quase de modo absoluto e mesmo no âmbito das pessoas jurídicas públicas federais, sucediam-se contratações em tabelas especiais, teoricamente temporárias, com sucessivas prorrogações que, ao final, usualmente levavam à permanência dos indicados em empregos públicos. Em relação ao acesso aos cargos efetivos, por concurso público sem dúvida, a questão mais atual é a da tensão entre regime de cotas e o meritório.

<sup>6</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo: *Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos na Constituição de 1988*, Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 1990, p.13.

## Alguns direitos constitucionais referentes aos servidores públicos

A CF/88 estabeleceu, no tocante ao acesso, inicialmente, que os cargos, empregos e funções públicas seriam acessíveis a todos os brasileiros. Dúvidas inicialmente surgiram quanto à obrigatoriedade do concurso público para os empregos nas sociedades de economia mista e empresas públicas que desenvolvem atividades econômicas. Pacificou-se o entendimento, inclusive do TCU, pautado nos princípios da impessoalidade e moralidade, no sentido da aplicação da regra do concurso a essas instituições. Em relação ao acesso, expressamente o texto constitucional vedou discriminações e introduziu a obrigatoriedade de ações afirmativas visando a integração de deficientes, o que se fez com o estabelecimento de cotas para deficientes. Posteriormente houve a edição da lei federal nº 12.990, de 09.06.2014, fixando cota racial,<sup>7</sup> seguida por normas semelhantes em Estados e Municípios. Ressalte-se que, tal cota é demagógica e sem base constitucional.

Quanto à investidura em cargo efetivo ou emprego público permanente o texto constitucional faz depender tal ato 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, fixando que a forma seria a prevista em lei. Ressalvadas foram, tão somente, as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Não se olvide que no Brasil, infelizmente, o *spoil system* permanece como um mal secular. Os percentuais de cargos comissionados presente nas várias esferas de Administração Pública tem ultrapassado o que seria aceitável em um sistema de administração neutra e profissional. Os cargos em comissão são muitas vezes utilizados para atender as conveniências e os interesses daqueles que se encontram no entorno do Poder Político. A captura política da Administração Pública é uma realidade, contrariando os princípios da impessoalidade, da neu-

---

<sup>7</sup> Lei Nº 12.990, de 9 de Junho de 2014.

Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

**A PRESIDENTA DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei.

tralidade e da persecução do interesse público. Visando coibir esses abusos a EC no.19/98, alterou o inciso V, do art. 37 do texto original que passou a dispor *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*. Visava-se com a alteração constitucional limitar a criação de cargos e funções comissionadas, considerando que a expressão **preferencialmente** constante do texto constitucional original não fora suficiente para evitar a ocorrência de nomeações em desacordo com o efetivo interesse público, ocorridas aquelas em verdadeiro desvio de finalidade. Qualquer lei que criar cargo comissionado que não seja para atividade que não de direção, assessoria superior e chefia será materialmente inconstitucional. Como bem ressalta Régis FERNANDES DE OLIVEIRA:

É indispensável enfatizar, no entanto, que será inconstitucional a lei que criar cargos em comissão par funções simplesmente burocráticas ou operacionais. Desde que o perfil desse cargo foi delineado na própria constitucional, a fuga de seus elementos intrínsecos de caracterização permitirá supor uma tentativa de burlar preceitos de integração e coerência do Texto Maior.<sup>8</sup>

A nova redação do art. 37, V, da CF/88, fixada pela EC no. 19/98, ao prever que a destinação de percentual dos cargos comissionados dar-se-ia nos casos, percentuais e limites previstos em lei, evitou, ao contrário do que pode parecer, a imediata aplicabilidade da regra moralizadora por condicioná-la à edição de lei. Áreas já há, como no âmbito do Judiciário Federal, onde os percentuais de cargos em comissão e funções destinadas a servidores titulares de cargos efetivos já estão estabelecidos, em outras, continua-se a aguardar. Enquanto não editada a lei, não haverá como se falar em percentual reservado. Mais salutar teria sido uma drástica redução das possibilidades de criação de cargos comissionados. Por outro lado, a possibilidade de exercício de funções de confiança por titulares de cargos em outros quadros também tem possibilitado que servidores públicos de entes menores, submetidos a concursos inexpressivos venham a ser investidos em funções de confiança com vantagens bastante desproporcionais às qualidades técnicas daqueles.

Já no tocante aos concursos públicos para ingresso no serviço público a CF/88 manteve a dualidade de formas prevista no sistema pré-existente: concurso de provas e de provas e títulos,<sup>9</sup> regra que se mantém inalterada. A grande novidade do texto constitucional de 1988 foi a previsão de mecanismo de inserção social, caracterizando ações afirmativas, inicialmente para os de-

<sup>8</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de: *Servidores Públicos*, Malheiros, São Paulo, 2004, p. 18.

<sup>9</sup> A Constituição Federal de 1967 já suprimira a criticada forma de concursos públicos apenas de Títulos, modalidade que possibilitava inúmeras fraudes.

ficientes, com a fixação de quotas. Essa matéria necessita de especial atenção no exame dos casos concretos Surgiram, posteriormente, outras espécies de “ações afirmativas”, não contempladas no texto constitucional, que geram, sem dúvida, redução no critério de mérito.

Quanto aos prazos de validade de concursos públicos fixou-se no texto constitucional que poderiam ser de até dois anos, prorrogáveis uma vez, por igual período. Face ao texto constitucional, mantido, não alterado, nessas quase três décadas, reconhece-se a discricionariedade da Administração Pública na fixação do prazo, respeitado o limite constitucional. Deve-se entender como melhor política a de prazos não muito longos de validade, fazendo com que se possa ter a cada concurso, a participação dos novos contingentes que vão entrando no mercado de trabalho. Não se olvide que, atualmente, nas Universidades e Faculdades, a cada semestre são formadas novas turmas. Divergências existem acerca do eventual direito a prorrogação, levando-se em conta o texto constitucional que se refere a **prorrogável**. Deve-se entender que a prorrogação é discricionariedade da Administração Pública, devidamente motivada e observados os princípios constitucionais da impessoalidade, da persecução do interesse público, moralidade, dentre outros. Outra questão relevante é a referente ao prazo de prorrogação, dada a referência a *por igual período*. Irreparável, nesse tópico, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, que sintetiza a solução, afirmando, “em síntese: o prazo de validade de qualquer concurso, quando prorrogado, será sempre o dobro daquele que haja sido inicialmente estabelecido”.<sup>10</sup>

Outra regra constitucionalizada foi a referente ao direito do candidato aprovado em concurso. A CF/88, fixou que *durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira*. Essa norma não encontra similar nas Constituições anteriores que não tratavam da matéria, embora a doutrina e a jurisprudência já assim entendessem.

Aspecto relevante é a definição do direito do candidato aprovado em relação à nomeação. Surgem aí vários questionamentos. A doutrina, tradicionalmente, entendia que inexistiria direito à nomeação, o que existiria seria direito à não preterição.

Esse posicionamento foi alterado, sobretudo a partir da jurisprudência do STJ, não alterado pelos julgados subsequentes do STF. Pode-se afirmar que dentro do limite das *vagas ofertadas*, há direito à nomeação, ressalvadas hipóteses de posterior modificação do quadro fático, por razões não imputáveis à administração pública.

<sup>10</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio: *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, RT, São Paulo, 1990, p. 55.

Vários fatores podem levar à não nomeação, como, por exemplo, decorrentes do comprometimento dos limites da receita corrente líquida, pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e pelo art. 169 do texto constitucional. Por outro lado, tal não significa que o Estado possa realizar concurso, indicar vagas e fazer com que grande número de pessoas, para, ao final, não realizar as nomeações, imotivadamente. Tal violaria vários princípios constitucionais, inclusive o da moralidade, pois, estar-se-ia a abusar da boa fé de candidatos, milhares, na maioria das vezes, que teriam despesas, pagariam o preço das inscrições, normalmente em favor de entidades terceirizadas, para ao final verem expectativas legítimas frustradas. Os concursos, naturalmente, são realizados por interesse público, mas, até por isso, os princípios constitucionais da Administração Pública têm que ser observados.

## O Direito de greve e de sindicalização

Outra inovação na normatização constitucional do Servidor Público foi a referente a dois direitos de cunho social relevantes: o de sindicalização e o de greve.

Quanto à associação sindical é de se ressaltar que tal decorre da liberdade de associação, direito fundamental, inserido no art. 5º.XVII e art. 8º do texto constitucional. A ordem constitucional anterior vedava a sindicalização tanto para os servidores públicos civis de qualquer natureza quanto para os militares. O novel texto manteve, expressamente, tal vedação, em relação aos militares, possibilitando aos servidores públicos civis o mesmo direito à associação sindical, já existente em relação aos empregados das empresas estatais que desempenham atividades econômicas. Ressalte-se, por outro lado, que a facilitação que a Constituição trouxe em relação à criação de entidades sindicais, as fragilizou e pulverizou, hoje são muito mais débeis de que as estruturas preexistentes.

Ressalte-se que o Sindicato, não se confunde com mera Associação. É, na lição de Alice MONTEIRO DE BARROS, “definido legalmente como uma forma de associação profissional devidamente reconhecida pelo Estado como representante legal da categoria”.<sup>11</sup> Embora o STF tenha entendido inconstitucional a realização de dissídios e convenções coletivas em relação a servidores estatutários, por ser a relação jurídica legal e não contratual, mesmo assim, a sindicalização possibilitou a ampliação dos instrumentos e defesa dos interesses e direitos dos servidores. Nesse sentido, poder-se-ia exemplificar com a legitimação para mandados de segurança coletivos; para provocar o controle

---

<sup>11</sup> MONTEIRO DE BARROS, Alice:

*Curso de Direito do Trabalho*, 3a. ed., RT, São Paulo, 2007, p. 1207.

concentrado de constitucionalidade atribuído às confederações sindicais (art.103, IX da CF/88) etc.

Já o **direito de greve** atribuído aos servidores públicos pela Constituição vigente gerou muitas controvérsias, não em relação ao direito em si, mas no tocante à sua aplicabilidade.

Não é demais lembrar que a greve, de ato ilícito, em sua origem, considerado como tal em estados autoritários, com expressa vedação constitucional, como o faziam a constituição da antiga União Soviética (arts. 12, 118 e 131), a portuguesa de 1933 e a brasileira de 1937, cujo art. 139 a consagrava ao lado do lock out como *recursos anti-sociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional*, hoje é consagrada como direito social coletivo para os trabalhadores privados, mais limitado para os servidores públicos civis e vedado em relação aos militares, nos termos da Constituição brasileira vigente. Esta divide, a população economicamente ativa em quatro grupos, bem delineados por Arnaldo SUSSEKIND:

- a) empregados de empresas privadas, que abrangem as sociedades de economia mista e as chamadas empresas públicas, e às que se equiparam os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados ( art. 2º, parág.1º, da CLT).
- b) servidores públicos da administração direta e indireta (autarquias e fundações públicas) de qualquer do Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 37, VII, com a redação dada pela Emenda Constitucional no.18, de 05.02.98).
- c) Militares das Forças Armadas (art.142, IV, com a redação dada pela Emenda Constitucional no.18, de 05.02.98).
- d) Militares dos Estados, Distrito Federal e Municípios, integrantes das Polícias Militares, organizada com base na hierarquia e disciplina (art.42, parág. 5º, com as alterações determinadas pela Emenda Constitucional no.18 cit.).<sup>12</sup>

Em relação aos dois últimos a greve continua vedada. Em relação ao primeiro a greve é assegurada. As maiores controvérsias ocorreram em relação ao segmento dos servidores civis. A não edição da norma infraconstitucional disciplinadora da matéria gerou questionamento e divergências, tanto doutrinárias como jurisprudenciais. Inicialmente, o texto constitucional condicionava o exercício do direito de greve à disciplina por lei complementar. Entendiam, desde a redação original do inciso VII, do art. 37 da CF/88, autores de relevo,

<sup>12</sup> SUSSEKIND, Arnaldo: *Curso de Direito do Trabalho*, 2a. ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2004, p. 612.

como Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO<sup>13</sup> e José Afonso da SILVA<sup>14</sup> que a disciplina constitucional asseguraria, de logo o exercício do direito de greve, cabendo à hipotética lei, inicialmente complementar, e ordinária desde a EC no.19/98 impor as restrições necessárias ao exercício do serviço público. Essa posição não prevaleceu, entendendo-se, majoritariamente, inclusive com suporte no posicionamento da Corte Suprema que o exercício do direito de greve só seria compatível com a ordem constitucional após a edição da lei específica. O STF inicialmente na apreciação de mandatos de injunção sobre a matéria entendeu que lhe caberia reconhecer a omissão e comunicar ao Congresso Nacional (nesse sentido, p.ex. o MI no. 587-TO, julgado em 15.02.2002). Essa foi, ressalte-se, o primeiro posicionamento acerca do mandado de injunção adotado pela Corte Suprema, que, posteriormente evoluiria, ainda timidamente, para admitir que através de mandado de injunção poder-se-ia obter o reconhecimento que a omissão geraria direito a eventual indenização, mas não a uma normatização substitutiva. Finalmente, o STF modificou o posicionamento que adotava, passando desde outubro/2007, por força de julgamento de outros Mandado de Injunção a acolher a posição já defendida há muitos anos por Odete MEDAUAR no sentido que dever-se-ia adotar para os servidores públicos os parâmetros da lei geral de greve (no.7.783/89), como atividade essencial, com as restrições ali previstas,<sup>15</sup> ou seja, em cada caso, ter-se-á que assegurar a continuidade do serviço.

Inexiste, conceitualmente, serviço público não essencial. A essencialidade, nesse caso, decorre da Constituição, não podendo ser afastada. Aqui há um tópico relevante a ser considerado, mais fático que jurídico. Muitas vezes as graves de servidores públicos tem-se alongado por longos períodos, com absoluta, ou quase absoluta inércia dos Dirigentes Públicos que nem ao menos determinarem o lançamento das ausências ao serviço fazem.

## As contratações temporárias

Outro dispositivo constitucional que deve ser adequadamente interpretado é o já referenciado, que permite a contratação por tempo determinado de pessoas para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, ao que usualmente se denomina de contratação temporária. Essa previsão constitucional, do art.37, IX merece cuidadosa interpretação, evitando-se os abusos que estão a ocorrer com relativa freqüência, quando o permissivo constitucional tem caráter excepcional, devendo tal servir de referencial para a edição das

<sup>13</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio: ob. cit., p. 77.

<sup>14</sup> SILVA, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição de 1988*, 2ª. ed., Malheiros, São Paulo, 2006, p. 339.

<sup>15</sup> MEDAUAR, Odete: *Direito Administrativo moderno*, 12a. ed., RT, São Paulo, p. 281.

leis disciplinadoras dessa hipótese por cada um dos entes políticos.. No âmbito federal, p. ex., tal regramento foi fixado pela lei no. 8.745, de 09.12.1993 mister se observar que a Constituição traçou rigorosos limites para essa exceção –a ocorrência concomitante de dois requisitos: **necessidade temporária** e de **excepcional interesse público**. São conceitos bastante precisos que vem, entretanto, sendo freqüentemente fustigados pelos legisladores ordinários. Sabido é, a experiência tem demonstrado, que as três formas básicas utilizadas para ocupação de postos de trabalho na Administração Pública em detrimento do princípio do livre acesso, vem sendo: a) excesso de cargos comissionados; b) terceirizações (com indicações, de fato, dos empregados das prestadoras de serviços pelos dirigentes dos tomadores públicos de serviços); c) ampliação das contratações temporárias até para suprir necessidades permanentes e fora da hipótese restrita de excepcionalidade e interesse público. Mesmo sem adentrar em inúmeros exemplos de legislações dos entes políticos menores, pode-se usar como referencia dessa postura abusiva as alterações ocorridas nas previsões da lei federal no. 8.745/93 que teve, sucessivamente ampliadas as hipóteses de contratações temporárias e ampliada a longevidade dessas contratações chegando-se, com prorrogação ao prazo inaceitável de *cinco anos*. Relevante que haja exercício das atividades dos órgãos de controle da Administração Pública, internos e, sobretudo, externos para evitar, ou pelo menos, minorar a ocorrência de tais abusos. Também, não menos relevante é que haja efetivo controle sobre as contratações de pessoal terceirizado. Observe-se, p. ex., que a partir da prevalência do entendimento que no âmbito das empresas estatais ter-se-ia que realizar concursos públicos, o grau de contratações de empresas prestadoras de serviços ampliou-se consideravelmente.

## **As revisões gerais de remuneração e outros direitos remuneratórios**

Outro relevante aspecto da disciplina constitucional dos servidores públicos é o referente às revisões gerais de remuneração, matéria objeto de alterações durante os últimos anos. Originariamente, o constituinte de 1987/988 premido pela necessidade de assegurar ao conjunto de servidores, sobretudo civis, a concessão dos mesmos padrões de revisões assegurados aos militares e também, os mesmos índices de revisão dentre os civis, que a todos os subconjuntos, com maior, ou menor poder de pressão, prestigiando-se o princípio da isonomia, assegurou a todos os agentes públicos civis e militares, nas mesmas épocas, as revisões gerais de remuneração. Tal norma, inserida no inciso X, do art. 37, do texto constitucional viria a sofrer posteriores alterações de modo direto e indireto, além de ser “contornada” por instrumentos legais que foram sendo desenvolvidos.

A primeira modificação constitucional que viria a refletir na amplitude da norma, no universo por ela alcançado, foi a inserida na EC no.18/98 que excluiu os **militares** do conceito de **servidores**. Tal Emenda destinar-se-ia a afastar aquele conjunto do conceito de servidor, apartando-o da reforma administrativa no tocante ao regime estatutário e previdenciário dos servidores, que iniciar-se-iam com as Emendas de nos. 19 e 20/98.

Com a Emenda no.19/98, o texto constitucional passou a fixar quanto à revisão geral a anualidade como periodicidade a ser observada, respeitadas as iniciativas privativas de cada poder e a unicidade de índices. Tal alteração constitucional não representou garantia de isonomia mais efetiva, em relação ao conjunto de servidores públicos conforme ver-se-á seguir. De logo, saliente-se que o fato de se assegurar *revisão anual*, não significa, nem poderia sê-lo, garantia de reposição de perdas inflacionárias. O STF já pacificou a matéria no sentido que a irredutibilidade remuneratória, que os servidores, em geral conseguiram, como direito, tal como já ocorria com os magistrados, é nominal, em moeda corrente, não representando garantia antiinflacionária. Em momentos como o atual, o que se observa é a corrosão das remunerações com perda de quase 10% a.a., em função da inflação crescente e do descontrole sobre as contas públicas.

As revisões gerais, por lei, obrigatórias, em decorrência da Constituição, devem, sempre, levar em conta inúmeros outros componentes das despesas dos entes públicos: serviços e encargos da dívida pública, investimentos, custeio em geral etc. Podem vários desses itens variar mais que os acréscimos de receita. Alguns são alheios à vontade do Ente Público, como é o caso da dívida pública, sujeita a variantes externas, como inflação e variação cambial. Não é possível se imaginar que haja, como se pretendeu em muitas ações judiciais cujos pedidos não foram, de regra, acolhidos, direito a reposições integrais por perdas inflacionárias. A nova ordem constitucional estendeu tal garantia a todos os servidores e agentes públicos em geral. Deve-se salientar, entretanto, que, tal garantia, nos termos do entendimento pacífico do STF não é de manutenção do valor real da remuneração, mas de manutenção do valor nominal, levando-se em conta, que o orçamento público e as receitas geradas o são em moeda corrente. O texto constitucional original foi objeto de alteração pela EC. no.19/98 para fins de adequação à nova denominação remuneratória mantendo-se a essência do comando original. Ressalvou a CF/88, os descontos previdenciários e tributários em geral, que não podem ser considerados como reduções indevidas, daí a referência aos incisos XI e XIV do art.37, aos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I, todos do texto constitucional

Outro aspecto relevante a se observar é que não se confunde a revisão geral com modificações setoriais de remunerações. Em função desse fato, inafastável, tem esse instrumento sido utilizado para atender a grupos de agentes públicos e de servidores com maior poder de pressão sobre os governos e os parlamentos. Basta que se observe que apesar das modestas revisões **gerais** de remuneração

dos servidores federais nos últimos anos, o valor total das despesas de pessoal teve um incremento bem superior, pelas reclassificações e planos de cargos e funções setoriais implantados e que têm sido, freqüentemente utilizados como “fórmulas” para conceder vantagens pecuniárias a parcelas dos servidores, sem beneficiar a todo o conjunto de servidores públicos. Tem havido preocupação, também, com a tendência de fixação em patamares inferiores para as reposições dos inativos, normalmente utilizando-se para tal, a atribuição de pontuações diferenciadas por produtividade, ou outros critérios diferenciadores, violando direito assegurado, inicialmente pelo art. 40, da Constituição, mormente em relação aos aposentados, ou beneficiários de pensões anteriormente à entrada em vigor da EC no. 20/98.

Também merecedor de destaque em relação aos servidores públicos e aos agentes públicos em geral é a normatização pertinente á fixação de valores máximos de remuneração. A Constituição de 1988, desde o início, fixou tetos de remuneração visando coibir os abusos pré-existentes e, de logo, estabeleceu no art.17 do ADCT que os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estivessem a ser percebidos em desconformidade com os tetos constitucionais seriam objeto de imediata redução, sem que se admitisse a invocação de direito adquirido.

O texto constitucional que estabeleceu os tetos constitucionais foi objeto de duas emendas, a de no.19/98 e posteriormente a de no. 41/2003. O texto constitucional original do art. 37, XI previa tetos de remuneração para cada um dos Poderes, em relação à União, aos Estados e no âmbito dos municípios, teto único que seria o da remuneração do Prefeito. Tal norma foi, inclusive, objeto de regulamentação, no âmbito federal, pela lei no. 8.448/92. Posteriormente, a Emenda Constitucional no.19/98 daria nova redação ao art. 37, XI, do texto original passando a fixar um teto único que passou a ser o de Ministro do STF. Tal modificação que visou evitar remunerações excessivas, em verdade funcionou em sentido inverso, pois, ao fixar o valor percebido pelos Ministros da mais alta Corte como teto, possibilitou a elevação dos tetos pré-existentes nos âmbitos estadual e municipal

e fundações públicas, para os titulares de poder, como os magistrados e parlamentares, o teto único de remuneração que é o do subsídio do Ministro do STF. Essa figura do subsídio criada pela EC no. 19/98 foi imprescindível para a fixação dos tetos remuneratórios. O mais relevante, desde o início, e que gerou inúmeras controvérsias foi interpretação no sentido de excluir-se do cômputo para fins de teto as vantagens pessoais, tais como adicionais incorporados, vantagens financeiras incorporadas pelo exercício de cargos em comissão, dentre outras

Deve-se ainda salientar que aplicam-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas

de pessoal ou de custeio em geral as regras referentes ao teto de remuneração, nos termos da EC no. 19/98. Estão excluídas desse regramento as sociedades de economia mista e empresas públicas que explorem atividades econômicas e não dependam de verbas públicas para o seu regular funcionamento. A estas últimas aplica-se, integralmente, o disposto no art.173, parág.1º, II, do texto constitucional. Concorrem elas no mercado e esse é que deve ser, em princípio, o principal orientador dos padrões de remuneração. Às empresas estatais cujas receitas são obtidas no exercício de atividades econômico-empresariais não se justifica a fixação do limitador, que teria como conseqüência a perda de mão de obra, inclusive Dirigentes e Executivos qualificados, para as empresas concorrentes. Outra relevante faceta do regime constitucional dos servidores públicos é a disciplina da acumulação de cargos, empregos e funções dos Entes da Administração Pública direta e das Pessoas jurídicas da Administração indireta, públicas e privadas e, ainda, desde a EC no. 19/98, também das subsidiárias das sociedades de economia mista e das empresas públicas.

Os tetos remuneratórios estão a ser sistematicamente burlados, com construções meramente formais, nos três Poderes. Rotulam-se como verbas *indenizatórias*, algumas tipicamente remuneratórias. Assim criam-se: *indenizações de substituição, auxílio moradia, indenização de chefia, dentre outras, grotescamente com o intuito de burlar os tetos*. Há bastante compadrio dos órgãos de controle na interpretação dessas normas.

## As acumulações de cargos, empregos e funções

A regra geral, historicamente consagrada, é da vedação de acumulação de cargos, empregos e funções no âmbito das atividades estatais. As exceções, em tese, se justificariam, em situações de interesse público. Em verdade, muitas das situações historicamente consagradas poderiam ser atualmente vedadas, dada a grande disponibilidade de profissionais no mercado para provimento dos cargos e empregos públicos. Outro argumento, normalmente utilizado é no sentido que a experiência de titulares de empregos ou cargos técnicos ou científicos recomendaria que seus titulares pela bagagem teórico-prática de que dispõem possam acumular cargos, ou empregos docentes.

De concreto, relevante examinar as hipóteses de acumulação de cargos e empregos públicos, empregos da administração indireta, cargos da administração pública indireta e empregos das subsidiárias das sociedades de economia mista e empresas públicas. Observe-se que o texto constitucional inicia pela regra proibitiva para, em seguida, apresentar as exceções, sempre condicionada à disponibilidade de horários, ressaltando-se que a correlação de matérias não mais subsiste, na atual ordem constitucional, como requisito para a acumulação, possível, na versão inicial da Constituição, nos seguintes casos:

- a) de dois cargos de professor, sem indicação de nível. Possível, pois, desde que haja compatibilidade de horários, a acumulação de dois cargos, ou empregos de professor de nível universitário, de segundo, ou primeiro grau;
- b) de um cargo de professor com outro técnico ou científico. Observe-se que não é permitida a acumulação de cargo, ou emprego de nível básico, para o qual não se exige especialização, formação técnica, ou científica. Desnecessário que se trate de cargo, ou emprego de nível superior, basta que tenha como requisito formação técnica, p.ex., cargo de técnico em contabilidade, ou técnico em enfermagem.
- c) de dois cargos ou empregos privativos de médico, exceção que foi ampliada com a EC no. 19/98 para profissionais de saúde, com profissões regulamentadas. Em relação. No tocante aos profissionais da área de saúde deve-se iniciar ressaltando que nos esdrúxulos termos do art.17, parágrafo 2º, do ADCT<sup>16</sup> permitiu-se quando entrou em vigor a Constituição que aqueles profissionais de saúde que acumulavam ilicitamente cargos, empregos pudessem continuar a fazê-lo, mesmo não tendo a nova ordem, originariamente, alterado a normatização. Ou seja, manteve-se o regime anterior, mas, permitiu-se aos infratores que continuassem a agir em desconformidade com o comando constitucional. Só com a EC no.19/98 é que o permissivo de acumulação seria estendido a todas as profissões regulamentadas na área de saúde, com dentistas, psicólogos, fisioterapeutas, nutricionistas etc.

A Emenda Constituição no.19/98 ampliou, a disciplina das acumulações para as subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público. Tal extensão foi relevante como instrumento para evitar as burlas. O texto constitucional, para possibilitar o controle das ações das empresas estatais também passou a exigir com a EC no 19/98, a autorização legal específica para criação de subsidiárias das sociedades de economia mista e empresas públicas.

Outra questão que gerou, em princípio, grandes controvérsias na doutrina foi quanto à possibilidade de servidor público aposentado reingressar no serviço público após a entrada em vigor da CF/88. O STF adotou a tese da impossibilidade de acumulação nessa hipótese. A matéria foi objeto da EC no. 20/98 que adotou uma regra geral proibitiva, ou melhor, explicitou a vedação já reconhecida pelo STF e atenuou-a em relação àqueles que haviam reingressado por concurso em cargo público após a primeira aposentadoria, antes da edição da citada emenda. Estabeleceu-se a regra proibitiva, mas assegurou-se a continuidade do segundo vínculo obtido antes da entrada em vigor da EC no. 20/98,

---

<sup>16</sup> O ADCT, art.17, parág.1º, também dirimiu controvérsia acerca do entendimento do militar-médico, como profissional de saúde para fins de acumulação e não como militar de corpo de saúde, como entendia parte da doutrina e dos órgãos de controle da Administração Pública.

nos expressos termos do art. 11, sem direito à segunda aposentadoria. A citada Emenda ressaltou, entretanto, a possibilidade, mesmo após sua entrada em vigor, do segundo vínculo desde que não perene, em atividades temporárias, como, p. ex., o exercício de cargo em comissão, de Juiz em Cortes eleitorais ou Militares em Corpos Julgadores de Auditorias Militares, dentre outros.<sup>17</sup>

## Dos regimes jurídicos dos servidores públicos: unidade ou pluralidade

A Constituição de 1988, em sua redação original, rompeu com o modelo de pluralidade de regimes jurídicos existente na Ordem Constitucional anterior. Era da tradição jurídica brasileira a existência de relações jurídicas estatutárias para as carreiras de estado, aquelas próximas ao núcleo central do estado e para as demais espécies de atividades utilizava-se de regime não estatutário, regra geral, contratual. Para esses postos de trabalho correspondentes às atividades que a Administração Pública incorporou, mas que não são essencialmente estatais, sobretudo após a ampliação do perfil estatal, com a adoção do modelo do *Welfare State*, utilizam-se relações de natureza contratual. Tal pluralidade justificava-se, normalmente, levando-se em conta a existência de agentes que exerciam parcelas de poder do Estado, identificados a partir da idéia de autoridade e servidores que exerciam atividades subalternas, periféricas, de auxílio, normalmente identificados como empregados, ou servidores em sentido lato. Já no final do século XIX a doutrina brasileira assim lecionava. Esse modelo da pluralidade de regimes jurídicos, ressalte-se, é o padrão existente na maioria dos sistemas jurídicos modernos. Na Espanha, por exemplo, coexistem o regime de contrato privado, o de contrato público e o regime legal-estatutário<sup>18</sup>. Na França também estão presentes o regime “de la fonction publique de l’État” e o dos “agents non titulaires”, de natureza contratual, havendo dentre estes, ainda, subespécies.<sup>19</sup> Poder-se-iam, aqui referenciar o caso alemão, o português, todos no sentido da existência de pluralidade de regimes jurídicos, considerando as diversidades de formas de atuação do Estado hodierno. Nesse sentido Jesús Angel FUENTETAJA PASTOR, após examinar os modelos de prestação de

<sup>17</sup> Art. 37... § 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

<sup>18</sup> OLMEDA, Alberto Palomar: *Derecho de la función pública*, 6ª. ed., Dickson, Madrid, 2001, pp. 41 e segs.

<sup>19</sup> AUBY, Jean-Marie; AUBY, Jean-Bernard; DIDIER, Jean-Pierre; TAILLEFAIT, Antony: *Droit de la Fonction Publique*, 4ª. ed., Dalloz, Paris, 2002, pp. 99 e segs.

serviços públicos no âmbito dos principais Estados que compõem a União europeia ressalta que,

El derecho público de la función pública se ha mantenido, en primer lugar, excluyendo de la privatización a una serie de categorías de empleados públicos que continúan sometidos a un régimen estatutario de derecho público; y, en segundo lugar, junto a esta exclusión de carácter subjetivo, se determinan objetiva y taxativamente un conjunto de materias reservadas a la regulación unilateral de la ley.<sup>20</sup>

Na Europa ocidental, a pesar da privatização de inúmeros serviços públicos, a existência de mais de um regime para os servidores públicos se mantém como o modelo básico, sempre pautado na diferença entre atividades de estado e atividades de intervenção do estado.

A legislação brasileira, por sua vez, sobre regime de servidores públicos, que se foi sucedendo historicamente, manteve sempre a idéia de pluralidade, ou, pelo menos de dualidade de regimes. Clássica é a lição de Viveiros de Castro no sentido de que:

Sob o ponto de vista doutrinário, não se identificam os conceitos de – funcionário e empregado público. Segundo Bluntschli, a função pública é um órgão do corpo do estado tendo a sua missão pública peculiar, e conferindo ao respectivo funcionário um poder de determinação própria, na sua esfera de ação, o que, aliás, não exclui a subordinação hierárquica. A idéia de funcionário implica a de autoridade exercendo um dos direitos da soberania. Os empregados, pelo contrário, não têm autoridade, nem esfera de ação próprias; são auxiliares e subordinados dos funcionários.<sup>21</sup>

Embora um estatuto específico só viesse a ser editado bem posteriormente à data daquela obra, do início do século XX, o regime legal, ao lado do, ou dos contratuais, coexistiu desde a primeira república e persistiu até a antes da presente Ordem constitucional. Antes mesmo do surgimento da legislação trabalhista, tal como hoje concebida, existiam os submetidos a contratos de prestação de serviços, ao lado dos servidores públicos, depois vieram os submetidos ao regime trabalhista, ao lado dos estatutários, isso sem falar na figura precária dos antigos “extra-numerários”. Na vigência das constituições de 1946, 1967

<sup>20</sup> FUENTETAJA PASTOR, Jesús A.: “Modelos europeos de función pública”, in PANIAGUA, Enrique (org.): *El Estatuto de la Función Pública a debate*, Conex, Madrid, 2003, p.117.

<sup>21</sup> VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olimpio: *Tratado de ciencia da Administração e Direito Administrativo*, 3ª. ed., RJ, J. Ribeiro dos Santos, 1914, p. 556 (obs.: ortografia atualizada). No mesmo sentido, consulte-se MAXIMILIANO PEREIRA DOS SANTOS, Carlos: *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*, Ed. fac-similar (de 1891), Brasília, 2005, pp. 502-503.

e Ec no. 01/69 coexistiam servidores de carreiras de Estado submetidos, no âmbito federal ao antigo Estatuto dos servidores públicos civis da União (lei no. 1.711/52) e o conjunto mais amplo daqueles submetidos à legislação trabalhista e, em alguns entes políticos menores ainda existiam regimes de contratos administrativos .

Reproduzo, aqui, o que já ressaltai sobre a pluralidade de regimes, na vigência da constituição anterior:

A Emenda Constitucional 01/69 por sua vez (materialmente uma nova constituição, fundada em ato de força dos membros da junta militar e não na Carta de 1967), manteve a pluralidade de regimes sem especificar qual seria o não estatutário, em verdade, abrindo possibilidade para um terceiro regime, pois referia-se não a regime trabalhista, mas a regime especial, admitindo a doutrina outro regime além do estatutário legal e o trabalhista que seria o do contrato administrativo. No âmbito federal houve grande utilização do regime trabalhista, sobretudo após a edição da lei no. 6.185, de 11.12.1974, que o consagrou como regime básico para as atividades não exclusivas (...) outros entes políticos, merecendo destaque o Estado de São Paulo, com a Lei no. 500 e o Município de São Paulo, com a Lei 9.160/80, optaram por regimes de contratos administrativos, sendo esses regimes, inclusive, aceitos pelo STF.<sup>22</sup>

A Constituição de 1988, apartando-se da tradição jurídica brasileira e também, do referencial representado pelos sistemas jurídicos que normalmente têm servido como modelo ao Brasil e, sobretudo, desprezando as diversidades de áreas nas quais o Estado se faz presente desde a adoção, ainda que imperfeita do *standard* do bem estar social, implantou regime jurídico único para cada conjunto de servidores públicos dos entes políticos nas três esferas, ou seja, um regime jurídico para os servidores da Administração direta, autárquicas e fundações públicas federais. Um para cada Ente político abarcando -

Administração Direta, e Indireta Pública - autárquica e fundacional de cada Estado e no mesmo sentido no âmbito estadual.

Sempre me pareceu, na esteira do pensamento de autores como Adilson Abreu DALLARI e Hely LOPES MEIRELLES, que esses regimes únicos teriam que ser estatutários, como salientava o primeiro desses autores, logo após a entrada em vigor da Constituição que “o regime único a ser utilizado pela administração centralizada e autárquica (compreendida nesta as fundações públicas) para o regime permanente, é o regime estatutário, exatamente por ser o regime próprio, típico e adequado para a administração pública, mas que somente pode ser utilizado por pessoas jurídicas de direito público, como é exatamente o caso

<sup>22</sup> CAVALCANTI, FRANCISCO: “Servidores Públicos e regime jurídico único”, in *Direito Administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas*, RT, São Paulo, 2003, p. 236.

das entidades referidas no art. 39”.<sup>23</sup> Ressalto que o regime não deveria ter sido único, mas, em sendo único, para as pessoas jurídicas de direito público, não haveria como não ser o estatutário. A doutrina consolidou-se nesta posição. O STF, muitos anos depois viria inclusive a reconhecer do não cabimento de regime contratual trabalhista para as carreiras de Estado, o que invalida, pois, a tese da possibilidade de regime único contratual o que levaria, obrigatoriamente a que os servidores das carreiras de Estado tivessem vínculo contratual. O STF quando reconheceu a inconstitucionalidade parcial da lei que estabeleceu o regime contratual para as atividades de regulação (nº. 9986/200), reforçou esse posicionamento, provocando, posteriormente, em substituição, a mudança do regime contratual pelo estatutário, naquelas entidades, com a edição da lei no. 10871/2004.

A adoção do regime jurídico único, nas várias esferas da federação brasileira, se deu, também, maculada, por grave inconstitucionalidade material. Os servidores, então contratados, que tinham mais de cinco anos de exercício na data de entrada em vigor da Constituição, em 05.10.88 teriam assegurado pelo ADCT, art. 19, direito à estabilidade, excepcionalmente, mas, submetidos ao regime em que se encontravam, ou seja, seriam, excepcionalmente, servidores com regime contratual, com estabilidade constitucional. Para que migrassem para o regime estatutário teriam que ser submetidos a concurso público, no qual o tempo de serviço submetido ao regime contratual seria considerado como título. Assim dispõe, expressamente, o art. 19, caput, do ADCT. Ocorre que as leis que criaram novos regimes estatutários, no âmbito federal, p. ex., a lei no. 8.112/90, ou no âmbito dos estados-membros, p. ex., a lei complementar no. 03 de Pernambuco, simplesmente “transformaram” os vínculos contratuais e estatutários.

Essa “estatutarização” das relações contratuais preexistentes violou a Constituição. A matéria referente a esse art. da lei no. 8112/90 encontra-se até a presente data pendente de apreciação em ADIN pelo STF. A estabilidade prevista no texto constitucional era no regime jurídico em que se encontravam os servidores e não com migração para o regime estatutário. Para que tal migração pudesse ocorrer seria necessário concurso público, no qual tal período de prestação de serviços seria considerado como título. Tal fato teve graves consequências, inclusive quanto ao ônus imposto aos cofres públicos pelo ingresso de grande número de servidores, até então submetidos ao regime trabalhista, em sistema previdenciário especial, com direito a benefícios não previstos no RGPS, tais como: 1- percepção de aposentadorias e pensões em valores idênticos aos das remunerações dos servidores ativos; 2- paridade no índice de reajustes, transformações e alterações dos quadros remuneratórios daqueles. Esse regime de previdência dos servidores públicos era, de mera repartição simples e as

---

<sup>23</sup> DALLARI, Adilson Abreu: *Regime constitucional dos servidores públicos*, 2a. ed., RT, São Paulo, 1994, p. 46.

contribuições dos vinculados ao RGPS tinham, muitas vezes salário de contribuição inferior ao valor efetivo do benefício, nele não havendo base atuarial equilibrada suficiente para possibilitar essa mudança, sem graves consequências para o equilíbrio das contas públicas.

Sem dúvida, esse fato, foi um dos responsáveis pela “*reforma administrativa e previdenciária*” do regime dos servidores públicos que viria com as Emendas constitucionais de no. 18, 19, 20, 41 e 47, que serão mais adiante referenciadas em seus aspectos principais. A Emenda Constitucional no. 18/98 excluiu do conjunto de Servidores Públicos os militares que inicialmente eram tratados como espécie do gênero Servidores. Tal exclusão possibilitou o tratamento diferenciado desse segmento dos agentes públicos das regras que estariam por vir em relação aos servidores civis, inclusive no tocante ao regime previdenciário. Posteriormente, entrou em vigor a EC no. 19/98 intitulada, vulgarmente, de Emenda da “*reforma administrativa*”, mas, que, em verdade, cuidou-se, quase que só de reforma do regime dos servidores públicos.

## Algumas modificações da EC no. 19/98

Em relação ao regime estatutário, algumas alterações relevantes devem ser destacadas. Algumas delas visaram dar instrumentalidade ao princípio da eficiência. Dentre essas as que interferiram na estabilidade dos servidores estatutários. Houve ampliação do prazo para obtenção da estabilidade, que passou para três anos com reflexo sobre o estágio probatório. Como bem se observou, desde o início, posição de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, quando aproxima os dois institutos, como dois irmãos siameses, destacando, como resultado da citada emenda que:

A estabilidade só se adquire depois de três anos. O período compreendido entre o início do **exercício** e aquisição da **estabilidade** denomina-se de **estágio probatório**, e tem por finalidade apurar se o funcionário apresenta condições para o exercício do cargo, referentes á moralidade, assiduidade, disciplina e eficiência.<sup>24</sup>

Outro aspecto relevante da citada Emenda no. 19/98, foi a modificação da disciplina da disponibilidade, no sentido que os proventos de disponibilidade seriam proporcionais ao tempo de serviço, restaurando princípio assente no regime anterior à Constituição de 1988. Além disso, ressalte-se que foi ela que tentou, de modo mais preciso fixar os tetos de remuneração, com a criação do regime de subsídios. Por outro lado, norma mais rigorosa foi fixada, com a alte-

<sup>24</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella: *Direito Administrativo*, 21<sup>a</sup>. ed., Atlas, São Paulo, 2008, p. 563.

ração do art.169 em relação ao comprometimento de limites dos entes públicos com a receita corrente líquida.

Saliente-se, ainda, dentre outras relevantes alterações da citada Emenda o desaparecimento do permissivo de vinculações de remuneração além das contempladas na Constituição e a previsão de adequação de quaisquer excessos de remuneração, ou proventos aos limites fixados e, ainda, a ruptura de vínculo mesmo de estáveis, por desequilíbrio em relação aos limites da lei de responsabilidade fiscal, com despesa de pessoal, observados os limites e o procedimento, com as ressalvas do parágrafo 3º, do art.169, da CF/88.

A reforma administrativa, com a quebra do regime único, que se pretendeu com a EC nº 19, deve ser sempre entendida em contexto conexo com a pretensa reforma do regime especial de previdência dos servidores públicos. A possibilidade de reutilização para o futuro, do regime contratual, reduziria a médio e longo prazo as despesas previdenciárias, embora tal fato, por si só também implicasse, em igual prazo, em redução de receita, pois o limite do salário de contribuição no RGPS é de dez vezes o salário mínimo e não a integralidade da remuneração como ocorre em relação ao servidor estatutário. Não se pode olvidar que o sistema previdenciário dos servidores públicos, então, tinha a característica de *repartição simples* e não de capitalização, como viria a se pretender implantar, posteriormente. De qualquer sorte, em seguida à aprovação da EC no.19/98, entrou em vigor a lei no. 9.962, de 22.02.2000, cujo art. 1º, fixou que o pessoal admitido para emprego público na Administração Pública Federal, inclusive a fundacional e autárquica teria suas relações de trabalho fixadas pela legislação trabalhista. Essa lei, inclusive, veio a assegurar em seu art. 3º, verdadeira estabilidade aos empregados sujeitos à legislação trabalhista a serem admitidos. Tal preceito, embora haja aplicação das regras pertinentes ao FGTS, em relação a esses servidores, justifica-se, pela amplitude do princípio da impessoalidade que alcançaria quaisquer servidores da Administração Pública, independentemente do regime. De nada adiantaria exigir-se prévio concurso público para ingresso, se a demissão imotivada fosse possível. **A quebra do regime jurídico único foi, entretanto, suspensa, pelo julgamento do STF, da medida cautelar na ADIN.MC no. 2.35.4**, quando aquela Corte decidiu, por maioria expressiva, deferir parcialmente a medida cautelar requerida para suspender a eficácia do artigo 39, caput, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, nos termos do voto do relator originário, Ministro Néri da Silveira, fixando-se que a decisão, como é próprio das medidas cautelares, teria efeitos *ex nunc*, subsistindo a legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa. Votou no caso, inclusive a então Presidente, Ministra Ellen Gracie, que lavrou o acórdão, já publicado em 07.03.2008. De se ressaltar que, face ao enorme lapso temporal entre a entrada em vigor da Emenda e a decisão da suprema Corte, houve razoável número de contratações, precedidas de concursos públicos, para empregos na Adminis-

tração Pública reforçando a necessidade de limitação temporal de efeitos do julgado na cautelar. Merece explicitação que a inconstitucionalidade apontada decorreu de vício formal, não havendo qualquer obstáculo jurídico à renovação da proposta.

## Da estabilidade dos servidores públicos e do estágio probatório

A Constituição de 1988, no tocante à estabilidade dos *servidores efetivos*, inovou ao não contemplar hipótese de estabilidade dessa espécie de agente sem concurso público. O texto constitucional apenas contemplou a estabilidade excepcional dos não concursados do período anterior à atual ordem constitucional, na situação do art. 19 do ADCT, nas condições ali fixadas, ou seja, desde que em 05.10.1988 tivessem mais de cinco anos de exercício. No corpo permanente, o provimento do efetivo será sempre precedido de concurso, representando o exercício o termo inicial do prazo para fins de aquisição de estabilidade. As Constituições de 1934 e de 1937 estabeleciam que o servidor efetivo nomeado após concurso público adquiriria estabilidade após dois anos de exercício e os não concursados, após dez anos. Já a Constituição de 1946, em seu art. 188, manteve o prazo de dois anos em relação aos concursados, estabelecendo que os funcionários não concursados tornar-se-iam estáveis após cinco anos. A Constituição de 1967 na redação original e pós-emenda 01/69, passou a referir-se, tão somente à estabilidade dos funcionários nomeados por concurso (art.100), sendo silente em relação aos não concursados. Na vigência dessas constituições era possível a investidura em cargos efetivos sem concurso público, mormente em cargos isolados, desde que houvesse expressa previsão legal. Esses cargos, regra geral, eram cargos isolados, de elevada remuneração, que serviam para contemplar pessoas ligadas aos detentores do Poder Político. Já a Constituição vigente, como já salientado anteriormente, passou a exigir para o provimento dos cargos efetivos e dos empregos na Administração direta e indireta, o salutar e democrático procedimento seletivo na modalidade de concurso público. A EC no. 19/98 que passou a prever dentre os princípios da Administração Pública o da **eficiência**, trouxe um conjunto de alterações constitucionais visando dar concretude, ao menos em tese, a esse princípio. Em relação ao regime dos servidores ampliou o prazo e aquisição de estabilidade para três anos, revogando-se, pois, a previsão inicial de dois anos e estabeleceu a possibilidade de ruptura do vínculo do estável por insuficiência de desempenho desde que objeto de um procedimento administrativo regular (nos termos que vier a ser fixado em lei complementar), além de prever a redução do quadro mesmo alcançando servidores estáveis para fins de adequação aos limites de

comprometimento da receita corrente líquida (conforme previsto no art. 169 da CF/88, com a redação dada pela EC no. 19/98). Em relação ao primeiro tópico, surgiu, relembre-se, a partir dessa modificação, conforme já mencionado, intensa e no meu entender desarrazoada discussão sobre a ampliação ou não do estágio probatório. Irrepreensível a lição de Maria Sylvania Zanella DI PIETRO, no sentido que “o período compreendido entre o início do exercício e a aquisição de **estabilidade** é denominado **estágio probatório**”.<sup>25</sup>

Além da ampliação do prazo de aquisição de estabilidade para três anos, houve a previsão das duas importantes outras modificações, aqui citadas ambas, entretanto, até a presente data sem efetividade. A primeira foi a introdução da possibilidade de perda de cargo de servidor estável *mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa*. Tal previsão é bastante salutar. Relevante para possibilitar que o conjunto de servidores que não cumprem adequadamente suas funções, que não têm desempenho suficiente possa ser excluído do serviço público. Tal, embora possa ser, à primeira vista, entendida como drástica, é razoável em se considerando os elevados volumes de recursos destinados ao pagamento das remunerações dos servidores que, têm, em contrapartida a obrigação de prestar adequadamente os serviços que lhes são atribuídos. Ocorre, entretanto, que até a presente data a referida e imprescindível lei complementar não foi editada. O Congresso manteve-se até a presente data inerte. A outra hipótese é a perda de cargo dos estáveis, na hipótese do art.169, parágrafo 4º do texto constitucional, situação não ocorrente até hoje. Pelo menos avanço se teve com a EC. no. 19/98 que passou a prever como condição para a aquisição da estabilidade a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade, não havendo mais que se falar em “estabilidade por decurso de prazo”.

No mais, manteve-se a situação fática anterior à Emenda, quando, em raras situações, só com a ocorrência de gravíssimas faltas tipificadas em lei é que a ruptura do vínculo, por demissão de fato acontecia. Permanecem, pois, como efetivas hipóteses de perda de cargo de estáveis: sentença judicial transitada em julgado; ato administrativo motivado, da autoridade competente após regular processo administrativo no qual sejam assegurados a ampla defesa e o contraditório ao servidor acusado, inclusive com a utilização hipotética de recursos.

---

<sup>25</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella: ob. cit., p. 563.

## A Previdência dos Servidores

A Constituição de 1988, em relação ao regime previdenciário dos servidores trouxe, inicialmente, significativas e vantajosas mudanças, que bem oneraram os cofres públicos. Alguns desses direitos alcançados com a nova Ordem Constitucional, representativas de mais vantagens pecuniárias para os servidores públicos e seus dependentes, foram, de certo modo, responsáveis pelas posteriores reformas, representadas pelas Emendas constitucionais 20, 41 e 47, que os atenuou, reduzindo seus elevados custos, a Carta origina representou, em uma figura de linguagem, uma preamar de benefícios e as emendas que vieram um refluxo dessa maré, para adequação às disponibilidades orçamentárias. O texto original, implicou em ampliação das despesas da previdência social, quer em relação ao regime geral, quer em relação ao regime especial dos servidores civis, mantendo, também o oneroso regime previdenciário dos militares e seus dependentes. Foram relevantes os acréscimos pecuniários decorrentes do enorme acréscimo no número de beneficiários do regime especial dos servidores públicos com a unificação dos regimes jurídicos, sempre estatutários, o que deslocou o ônus dos pagamentos dos benefícios para as pessoas jurídicas de direito público das esferas onde aqueles prestavam serviços. Esse fato, por si só, já representou um relevante acréscimo de despesas. Não se olvide da inexistência de equilíbrio atuarial, ou de efetivo planejamento para que tal ocorresse. Outros componentes desse desequilíbrio podem também ser apontados: Assegurou-se a paridade e a igualdade entre os valores percebidos na inatividade pelos servidores inativos e até pelos pensionistas em relação aos servidores ativos. Observe-se que o sistema previdenciário brasileiro era de *repartição simples*, não havendo, pois, capitalização dos valores referentes a cada um para pagamento dos futuros benefícios.

Com o desequilíbrio constatado do sistema, sob o aspecto econômico, aliado a outros fatores relevantes, como o mundial aumento da expectativa de vida houve a necessidade de reforma do sistema previdenciário dos servidores. Ao lado desses fatores, surgiria o interesse do setor financeiro privado na formação de um sistema de capitalização de longo prazo, representado pelos planos de previdência complementar.

Essa maior longevidade das pessoas, do aumento do contingente de idosos fez com que medidas fossem concretizadas, nos vários ordenamentos jurídicos, visando atenuar esse desequilíbrio. As medidas imaginadas e que representaram o norte das emendas de previdência dos servidores públicos visaram: a) ampliação de receitas, inclusive de natureza tributária e nessa linha, a inclusão dos inativos como contribuintes; b) a redução do universo potencial de inativos, com a fixação de limites mínimos de idade; c) a redução dos valores máximos dos benefícios sociais, ressaltando-se a existência de sistemas de benefícios complementares, de natureza contratual.

A Emenda Constitucional 20/98 representou o primeiro passo visando a reforma da previdência social brasileira e alcançou, também regras do RGPS, embora, enfaticamente, tenta tratado do conjunto dos servidores civis, sem alcançar a reforma o regime dos militares, mesmo dos pensionistas destes.

Essa emenda trouxe algumas modificações relevantes:

- a) Conforme já destacado, reduziu o universo dos beneficiários de salário-família para os trabalhadores e servidores de baixa renda;
- b) Excluiu do regime especial os servidores ocupantes de cargos em comissão que passaram a ser vinculados, conforme já explicitados, ao regime geral de previdência social (RGPS), e no tocante aos titulares de cargos efetivos, tomou os valores das remunerações desses como parâmetros para fixação das aposentadorias e pensões. Pacificou a Emenda a divergência quanto ao não cabimento de acumulação de vencimentos com proventos, exclusive as hipóteses acumuláveis constitucionalmente. Observe-se que a ressalva em relação aos que já acumulavam contrariou ao que vinha decidindo o STF, em julgamentos como os dos Recursos Extraordinários 81.729-SP, 77.237-SP, 76.241-RJ;
- c) Introduziu o caráter **contributivo, observados critérios para preservação de equilíbrio financeiro e atuarial**<sup>26, 27</sup>
- d) Substituiu a figura do tempo de serviço por *tempo de contribuição*.

A antiga aposentadoria por tempo de serviço, mantida pela constituição na sua versão original, foi substituída pelo novo modelo com a exigência de um duplo requisito que são o tempo de contribuição e a idade mínima, fixada, com a EC no. 20/98, em 53 anos para homem e 48 para mulheres, limites esses que seriam novamente majorados com a EC. no. 41/2003, esta última representando uma nova fase, mais aguda e rigorosa quanto aos requisitos para aposentadoria voluntária, fixando-se em 60 anos para homens e 55 anos para mulheres, observado o requisito de trinta e cinco anos de contribuição para os primeiros e trinta anos para as segundas. A reforma previdenciária dos servidores também passou a exigir como requisitos o tempo mínimo de serviço público, fixado em

---

<sup>26</sup> CAVALCANTI, Francisco: *O novo regime previdenciário dos servidores públicos*, Nossa Livraria, Recife, 1999, p. 34.

<sup>27</sup> A filosofia da reforma poderia ser assim sintetizada, nas palavras de Marcel Viana ESTEVÃO DE MORAES: “Sistema previdenciário misto que conjugue harmonicamente um setor público básico, obrigatório, solidário, retributivo, com cobertura horizontal que agregue o conjunto da população economicamente ativa, em regime de repartição simples, com benefícios definidos, limitados até um determinado teto e relacionados com as contribuições feitas durante a vida laboral- com um sistema complementar- em regime de capitalização de contribuições adicionais, preferencialmente privado, voluntário, fundado na iniciativa e na capacidade de poupança individual”.

dez anos de efetivo exercício de serviço público e cinco anos de exercício no cargo no qual se pretende aposentar.

As hipóteses de aposentadoria por invalidez e a idade limite de aposentadoria compulsória, por se alcançar a idade limite de setenta anos não foram alteradas.

As Emendas Constitucionais 41 e 47 voltaram a alterar o regime constitucional da previdência dos servidores. Merece destaque o fato de os inativos passarem, com a EC no. 41/2003 a ser contribuintes para o regime previdenciário, matéria essa que foi objeto de acesos debates, tendo o STF reconhecido a constitucionalidade da ampliação do universo de contribuintes através de emenda constitucional, o que antes havia sido reconhecido como inconstitucional, quando se pretendeu introduzir a mudança por mera alteração da legislação ordinária. As contribuições a serem pagas pelos inativos incidem apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e de pensão que superam o teto do RGPS e em se tratando de aposentadoria por doença incapacitante o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social.

Esse fato, combinado com a previsão de abono correspondente ao valor do benefício que passou a assegurar aos servidores já com os requisitos para a aposentadoria voluntária, a devolução como abono, do valor do benefício previdenciário, tem estimulado a permanência daqueles em serviço, reduzindo o déficit previdenciário, elevando estatisticamente, a média de idade de aposentadorias dos servidores públicos estatutários.

A mais ampla modificação no regime previdenciário dos servidores civis, representada pela ruptura com o sistema de aposentadorias e pensões com valores idênticos aos dos cargos efetivos dos ativos, apesar de já prevista constitucionalmente, não foi ainda implantada, pela falta de criação dos fundos fechados de pensão correspondentes, a depender das leis criadoras, nos moldes previstos na Lei Complementar no.108/2001, no âmbito da União, de cada um dos Estados Membros e dos Municípios. Expressamente passou a estabelecer a Constituição, na redação emendada que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que venham a instituir regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime especial dos servidores públicos o limite previsto para os benefícios do regime geral da previdência social. Tal implantação representa, em verdade, a convergência dos dois regimes, o especial dos servidores públicos e o geral da previdência social. Essa implantação tem sua implantação já prevista constitucionalmente, já disciplinada pela lei complementar no. 108, dependendo a implantação das leis de criação, em cada pessoa política de um fundo fechado de previdência complementar, público (possivelmente sob a forma de autarquia) para oferta aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida, pois, os planos de benefícios pré-definidos foram vedados pela Emenda no. 20/98 por não terem equilíbrio atuarial e

representarem, constantemente, fontes de gastos adicionais dos entes mantenedores. Essa necessidade de adoção, do modelo de benefícios pós-definidos, também denominado de sistema de contribuições pré-definidas, em substituição àqueles de benefícios pré-definidos não foi uma necessidade presente apenas no direito brasileiro. Douglas FORE, examinando o sistema norte-americano, após a edição do *Employee Retirement Income Security Act*, de 1974, demonstra a coexistência dos dois sistemas e as vantagens da adoção daqueles “*defined contribution pensions plans*”.<sup>28</sup>

Relevante ressaltar que a EC no. 20/98 assegurou aos servidores que ingressarem antes da implantação dos Fundos de Previdência complementar o direito de optar pelo novo regime, não podendo ser compelidos a tal mudança. Vive-se, atualmente, um complexo sistema de transição, no tocante às aposentadorias, levando-se em conta vários fatores condicionantes, tais como, dentre eles, se o servidor ingressou no serviço público antes da Emenda no. 20, entre essa e a Emenda 41, ou após essa.

As pensões previdenciárias do regime especial dos servidores públicos, por sua vez, sofreram sensíveis modificações com as emendas de alteração do regime previdenciário. De um sistema inicial em que se assegurava a integralidade dos proventos, com a manutenção da paridade com o valor da remuneração do instituidor da pensão evoluiu-se para um sistema de valor mais limitado, para aqueles cujos benefícios ultrapassam o teto do regime geral da previdência social (RGPS). A pensão, após as Emendas Constitucionais 20, 41 e 47 passou a observar as seguintes regras: Em sendo o instituidor da pensão já aposentado, a pensão deve corresponder à totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social previstos no art. 201, da constituição, com acréscimo de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso aposentado à data do óbito; e, em sendo o falecido, servidor em atividade, a correspondência será ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social previsto no art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso em atividade na data do óbito. Outro aspecto relevante no tocante às pensões foi que houve desvinculação dos reajustes das pensões em relação às remunerações dos instituidores falecidos, passando o texto constitucional emendado, do art.40, § 8º a assegurar, tão somente, o reajustamento desses benefícios nos mesmos moldes da previsão genérica do art. 201 constitucional (*para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real*). Observando-se as variações dos valores dos benefícios previdenciários em cotejo com os reajustes, reclassificações, reposições e outras fórmulas de acréscimos

---

<sup>28</sup> FORE, Douglas: “The transition from defined benefit to defined contribution pension plans”, in MITCHELL, Olivia S. e HUSTEAD, Edwin, C. (orgs.): *Pensions in the Public Sector*, PENN, Filadelfia, 2000, p. 273.

pecuniários dos servidores públicos e ver-se-á que aqueles sofrem alterações em índices bem menores.

A Constituição Federal de 1988 assegurou, originariamente, que o tempo de serviço federal, estadual ou municipal seria computado, reciprocamente para fins de aposentadoria e disponibilidade. Posteriormente, com a EC no. 20/98 houve alteração do tempo computável para fins de aposentadoria passando de tempo de serviço para **tempo de contribuição**, permanecendo o tempo de serviço correspondente apenas para efeito de disponibilidade. Por outro lado, não mais é possível desde a EC no.20/98 a contagem de tempo de contribuição fictício. Essas, são, em resumo, algumas das modificações no regime previdenciário dos servidores públicos no curso desses vinte anos de vigência da Constituição de 1988.

## A título de conclusão

Deve se salientar que a constitucionalização do regime dos servidores, representada pela Constituição de 1988, inicialmente indicava um caminho com forte influência corporativista, embora com méritos, como a consolidação do princípio do livre acesso, para a conquista de direitos sociais. A Constituição não foi, entretanto, até a presente data, instrumento suficiente para coibir abusos representativos da secular e perniciosa tradição patrimonialista brasileira.

- a) A efetividade do princípio da eficiência com o reforço do sistema de méritos, a busca do profissionalismo e da capacitação são caminhos ainda com longos trechos por percorrer;
- b) A quebra do regime jurídico único, a aprovação da lei complementar que regulará a avaliação dos servidores estáveis, ao lado da concretização de medidas visando reduzir o excesso de cargos em comissão, de terceirizações abusivas, de contratações temporárias, dentre outras medidas concretas, são imprescindíveis para a valorização dos servidores públicos aos quais deve-se assegurar dignas remunerações.
- c) A disciplina mais efetiva sobre terceirizações indevidas, com a ocupação de postos de trabalho que deveriam ser providos por servidores efetivos.
- d) A democratização verdadeira, do acesso aos cargos e empregos da Administração Pública, nas três esferas e nos três Poderes é algo imprescindível para a melhoria do serviço público e para redução de vias para corrupção e captura da Administração Pública.