

**Procedência:** Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão

**Interessado:** Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão

**Número:** 14.568

**Data:** 19 de outubro de 2005

**Ementa:**

SERVIDOR PÚBLICO. REESTRUTURAÇÃO DE CARREIRAS. ART. 37, II DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF. INCONSTITUCIONALIDADE DA REORGANIZAÇÃO DE CARREIRAS: AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA E IMPOSSIBILIDADE DE REPERCUSSÃO NO CÁLCULO DOS PROVENTOS. CONSTITUCIONALIDADE DA REESTRUTURAÇÃO: IMPOSSIBILIDADE DE CAUSAR DANOS AOS SERVIDORES. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA REALIDADE. DIREITO À PRERROGATIVA DO ARTIGO 6º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/03. INTEGRALIDADE DE PROVENTOS CORRESPONDENTE À TOTALIDADE DA REMUNERAÇÃO DO CARGO EFETIVO.

### **Relatório**

O ilustre Secretário de Estado de Planejamento e Gestão solicita emissão de parecer pela Advocacia Geral do Estado em virtude das alterações dos requisitos para aposentadoria dos servidores públicos decorrentes da Emenda Constitucional nº 41/03 e Emenda Constitucional nº 47/05, considerando-se as "possíveis implicações jurídicas da transformação de cargos e do posicionamento dos servidores públicos estaduais em novas carreiras, em face da exigência de permanência de 25 anos de serviço público, 15 anos na carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria, para fins de percepção do valor integral de proventos" (fl. 01).

O parecer SEPLAG/AJA nº 1659/05 conclui que "a transformação decorrente da implantação dos novos planos de carreira no âmbito da Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional do Poder Executivo Estadual não configura criação de novos cargos, devendo permanecer intacta a contagem de tempo de serviço iniciada anteriormente por seus servidores" (fl. 04). Trata-se de entendimento fundado na Nota Técnica nº 195/05 da Assessoria de Políticas de Desenvolvimento de Recursos Humanos da SEPLAGH, no bojo da qual se assentou que

"embora haja alteração na denominação dos cargos, as atribuições originárias das classes de cargos que foram aglutinados nas novas carreiras foram mantidas. Sob este prisma conclui-se que a transformação de cargos, nos moldes definidos pelas leis que instituem os novos planos de carreiras do Poder Executivo Estadual, não deverá ensejar

interrupção ou reinício da contagem de tempo para fins de aposentadoria dos servidores.” (fl. 08)

Observe-se, outrossim, que o Parecer SEPLAG/AJA nº 1981/04 concluíra que “se da transformação de cargos não houve modificação de atribuições ou pressupostos e nem aumento de despesas, não se configura novo cargo ou nova carreira, permanecendo intacta a contagem de tempo anteriormente iniciada pelo servidor”, remetendo à Assessoria de Políticas e de Desenvolvimento de Recursos Humanos a situação em que a transformação de cargos tenha resultado em alteração das atribuições e dos requisitos de investidura dos cargos públicos (fl. 13).

É o breve relatório. Passo a opinar.

### **Parecer**

A relevância da presente consulta evidencia-se em razão das repercussões das reformas previdenciárias veiculadas por meio das Emendas Constitucionais nºs 20/98 e 41/03, principalmente no tocante ao pagamento de proventos integrais aos servidores públicos que lograrem satisfazer os requisitos necessários à concessão da inatividade remunerada.

As sucessivas reformas têm promovido significativas mudanças no tocante às regras de aposentadoria, não apenas no que se refere aos requisitos cujo atendimento é indispensável para concessão da inatividade remunerada, como também em relação aos cálculos dos proventos devidos pela Administração. Os novos critérios introduzem novas regras, estabelecem normatização específica para situações de transição, assegurando, em alguns casos, intangibilidade total ou parcial de determinados benefícios, inclusive forma de cálculo de proventos.

A diretriz basilar presente nas normas constitucionais observou a orientação doutrinária e jurisprudencial segundo a qual a aposentadoria rege-se pela lei vigente à época em que completados forem os requisitos. A propósito, confira-se a lição de Sonia Maria Gonçalves de Carvalho:

“Dessa forma, o legislador constituinte se manteve fiel ao entendimento de há muito firmado na doutrina e na jurisprudência (Súmula 359 STF), no sentido de que o direito à aposentadoria se adquire no momento em que se completam os requisitos exigidos por lei para que o funcionário faça jus à sua concessão, adquirindo o funcionário, nesse momento, o direito de vê-la deferida nos termos e com as vantagens constantes da lei então em vigor.

Como disposto, os servidores que até a data da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 41/2003 preenchem os requisitos necessários para a aposentadoria *integral* ou proporcional, como previa a lei de então, têm direito à contagem desse tempo a qualquer momento que queiram

a passagem para a inatividade. Ou seja, os requisitos legais para aposentadoria, vigentes anteriormente à publicação da Emenda nº 41/2003, asseguram aos servidores que os tenham cumprido, e somente a estes, e a seus dependentes, a concessão daqueles benefícios, naqueles parâmetros e a qualquer tempo.

Para os demais, que não os tenham ainda completado, e portanto não estejam incluídos na regra do art. 3º, passam a ser aplicadas as novas regras." ("O Servidor Público e as Reformas da Previdência – Emendas Constitucionais nºs 20/98 e 41/2003", Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 5)

Um exame preliminar das normas constitucionais em vigor evidencia a existência de regras diversas para os servidores que cumpriram os requisitos para obtenção da aposentadoria antes de 16.12.98, aqueles que os satisfizeram entre 16.12.98 e 31.12.03, com peculiaridades para quem ingressou em cargo efetivo até 16.12.98, para quem ingressou até 31.12.03 e não cumpriu os requisitos para obtenção da aposentadoria pelas regras dos períodos equivalentes, ao que se acrescem normas destinadas aos servidores que ingressaram em cargo efetivo após 31.12.03.

Em recente obra publicada sobre o tema, Sonia Maria Gonçalves de Carvalho resume nos seguintes termos os principais aspectos das reformas previdenciária, mencionando inclusive a questão relativa ao pagamento de proventos integrais:

"Restou estabelecido que:

I – para os servidores que, até a data de publicação da EC nº 41/2003, já se encontrem em condições de aposentadoria, a situação permanece inalterada garantida sua aposentadoria com proventos integrais, calculados na forma prevista na lei vigente, no caso, as normas inseridas na Carta Federal pela EC nº 20/98. Caso o funcionário opte por permanecer na ativa, ganhará um bônus no valor da contribuição, e poderá trabalhar até 70 anos de idade;

II – para os demais, que ainda não preenchem os requisitos exigidos para aposentadoria, só serão concedidos proventos integrais se atendidos os limites mínimos de idade, tempo de contribuição, de serviço público e no mesmo cargo, previstos no art. 6º. Caso contrário, terão seus proventos calculados pela média das contribuições;

III – para aqueles que ingressarem no serviço público após a aprovação da reforma, não há previsão de direito à aposentadoria com proventos integrais."

("O Servidor Público e as Reformas da Previdência – Emendas Constitucionais nºs 20/98 e 41/2003", Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 25)

Resulta claro do artigo 2º da EC 41/03 que foi assegurado aos servidores que tenham ingressado regularmente em cargo efetivo da Administração Pública direta, autárquica e fundacional até a data da publicação da EC 20/98, o direito de opção pela aposentadoria voluntária com proventos

calculados de acordo com o artigo 40, §§ 3º e 17 da CR, cumpridos os requisitos adicionais exigidos cumulativamente (período adicional de contribuição equivalente a 20% do tempo que faltaria para atingir o limite de tempo naquela data; idade de 53 anos para homem e 48 para mulher; tempo contribuição igual à soma de 35 anos se homem e 30 se mulher). Já os servidores que se vincularem ao serviço público após a EC nº 41/03 submeter-se-ão ao artigo 40, § 3º da CR, segundo o qual "para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da Lei". Cumpre observar, cumulativamente, os ditames do artigo 6º da EC/41:

"Art. 6º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, 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 poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:

- I – sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher;
- II – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;
- III – vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e
- IV – dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria."

Decorre de tais normas que, a partir da Emenda Constitucional nº 41, para fins de cálculo dos proventos serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor, devidamente atualizadas (artigo 40, § 3º da CR). Nesse sentido, os proventos integrais serão calculados pela média das contribuições, razão por que alguns autores afirmam atualmente que sequer há previsão do direito à aposentadoria com proventos integrais, tal como entendida a integralidade até a EC 41/03.

Malgrado tal prescrição, certo é que o artigo 6º da EC 41 admite que os servidores que ingressaram no serviço público até 31 de dezembro de 2003 possam optar pelo recebimento dos proventos integrais, os quais, como assentado no Parecer SEPLAG/AJA nº 1981/04, corresponderão à totalidade da remuneração do cargo efetivo em que se deu a aposentadoria, observado o disposto no art. 40, § 5º (redução dos requisitos de idade e de tempo de contribuição para professores). Para o exercício de tal prerrogativa é essencial que sejam preenchidas, cumulativamente, as condições: a) sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher; b) trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta, se mulher; c) vinte anos de efetivo

exercício no serviço público; e d) dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria. "A modificação é a exigência de 20 (vinte) anos no serviço público e 10 (dez) anos na carreira para recebimento dos proventos no mesmo valor da totalidade da remuneração no cargo." (fl. 11)

Destarte, a opção pelos proventos integrais pelos servidores que ingressaram no serviço público até 31.12.03 exige que os mesmos tenham 20 (vinte) anos de efetivo exercício no serviço público, bem como 10 (dez) anos de carreira e 05 (cinco) anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.

A dúvida que se nos apresenta refere-se à possibilidade de se entender que um servidor cuja vinculação ao serviço público antecedeu 31.12.03 e cujo cargo sofreu ou venha a sofrer modificação, em razão de reestruturação de carreira promovida pelo Estado de Minas Gerais, atende, ou não, o lapso temporal de 10 (dez) anos de carreira e 05 (cinco) anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria, pressupostos essenciais para que se lhe reconheça o direito do artigo 6º da EC 41/03.

Para tanto, é mister que se compreenda a natureza da reorganização das carreiras em face da regra do artigo 37, II da Constituição da República, bem como as consequências da observância, ou não, das diretrizes exaradas pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, consoante se demonstrará nos itens a seguir.

### ***1. O provimento de cargos públicos efetivos e a exigência de prévia aprovação em concurso público***

Cumprido esclarecer, nos estritos termos em que determina o art. 37, II da Constituição da República, que a investidura no serviço público, seja como estatutário, seja como celetista, depende de o agente ser aprovado previamente em concurso público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como as contratações temporárias autorizadas no artigo 37, IX da Constituição.

Especificamente em relação aos cargos efetivos, certo é que se trata de unidades de competências que enfeixam atribuições e responsabilidades específicas, recebendo da legislação denominação própria e remuneração correspondente, sendo o seu exercício por um servidor estatutário condicionado à satisfação do requisito do artigo 37, II da CR.

Assim sendo, os cargos públicos efetivos e vitalícios exigem, para seu provimento, realização de concurso público. Consoante ensina Régis Fernandes de Oliveira, decorre da Súmula 17 do STF a regra segundo a qual, se ocorrer nomeação de servidor sem concurso público, pode ela ser desfeita antes da posse:

"O concurso público é a única porta democrática para permitir o acesso de todos aos cargos públicos. A investidura dele depende (inciso II do art. 37). O Supremo Tribunal

Federal deixou claro ser 'intransigente em relação à imposição à efetividade do princípio constitucional do concurso público' (STF, SS 1.081-6-ES, rel. Min. Sepúlveda Pertence). Peremptoriamente, deixou afirmado que 'a Constituição não permite o ingresso em cargo público, sem concurso' (RTJ 165/684). É democrático porque abre a possibilidade de os mais capazes virem a ingressar no serviço público." ("Servidores Públicos", São Paulo, Malheiros, 2004, p. 46)

Certo é que o art. 37, II supra mencionado, ao exigir a aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público (não "primeira" investidura), 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 a promoção.

Destarte, o ato de nomeação, que vincula inicialmente o servidor estatutário a um cargo público, viabilizando o início de uma relação estatutária nova, depende da aprovação preliminar no certame seletivo de natureza pública. E é lícito considerar-se provimento originário tanto a hipótese em que o titular do cargo jamais pertenceu aos quadros da Administração Pública anteriormente quanto aquela hipótese em que o mesmo estava vinculado a quadro funcional ou a carreira diversa daquele pertinente ao cargo agora provido. Nos dois casos, tem-se caracterizado o provimento originário e, assim, é indispensável a observância do inciso II do artigo 37 da Constituição.

As formas de provimento derivado, as quais relacionam-se com vínculo anterior do servidor decorrente do exercício de cargo público, foram, como regra, banidas pela Constituição de 1988. Ressalvados os provimentos derivados admitidos pelo texto constitucional (promoção, reintegração, reversão e aproveitamento), todos os demais atos para preenchimento de cargos ou empregos públicos devem ser precedidos de concurso público de provas e títulos ou apenas provas, para escolha dos agentes que os exercerão.

Pode-se concluir que qualquer forma de provimento originário ou derivado em cargo efetivo, ressalvadas as hipóteses de promoção, reintegração, reversão e aproveitamento, depende de aprovação em concurso público. Sendo assim, é vedada a transferência de uma carreira para outra sem habilitação em concurso público, pouco importa o mecanismo jurídico utilizado para se fazer tal passagem inconstitucional. O ingresso em cargo com atribuições específicas está condicionado à aprovação em concurso público em razão do que dispõe o artigo 37, II da Constituição da República.

## ***2. A transformação de cargos efetivos e a reestruturação de carreiras na Administração Pública***

Decorre do artigo 48, X da Constituição de República, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, a regra segundo a qual cabe ao Poder Legislativo, com a sanção do chefe do Executivo, dispor

sobre a criação, transformação e extinção dos cargos empregos e funções públicas:

“Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: (...)  
X – criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b”.

A transcrita norma constitucional, que em razão do princípio da simetria vincula todos os níveis da federação, determina que depende de lei a formação de novos cargos na estrutura funcional, sua eliminação ou sua transformação, ressalvada apenas a hipótese do art. 84, VI, 'b' da CR, dispositivo que permite ao Chefe do Executivo promover a extinção de cargo público vago, por meio de ato administrativo.

Afastada a hipótese do artigo 84, VI 'b' da Constituição, a criação, a disciplina, a transformação e a extinção do cargo público faz-se necessariamente por lei, sendo nesse mesmo sentido o ensinamento de Marçal Justen Filho:

“A criação e a disciplina do cargo público faz-se necessariamente por lei no sentido de que a lei deverá contemplar a disciplina essencial e indispensável. Isso significa estabelecer o núcleo das competências, dos poderes, dos deveres, dos direitos, do modo de investidura e das condições de exercício das atividades. Portanto, não basta uma lei estabelecer, de modo simplista, que *'fica criado o cargo de servidor público'*. Exige-se que a lei promova a discriminação das competências e a inserção dessa posição jurídica no âmbito da organização administrativa, determinando as regras que dão identidade e diferenciam a referida posição jurídica.” (“Curso de Direito Administrativo”, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 581).

Não se pode ignorar, contudo, que em razão do movimento de reforma administrativa implantado em todos os níveis da federação, tem sido comum a transformação de cargos efetivos, mediante a extinção de cargos anteriores e simultânea criação de novos, de modo a viabilizar, com tal reestruturação, maior eficiência do Poder Público no exercício dos seus encargos.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho,

“Tem sido usualmente admitida na Administração a denominada transformação de cargos 'sem aumento de despesa', implementada por atos administrativos oriundos de autoridades dirigentes de pessoas e órgãos públicos, através dos quais se extinguem alguns cargos e se criam outros com despesa correspondente à daqueles. Na verdade,

não se trata propriamente, no caso, de transformação de cargos, a ser prevista em lei, mas sim de mera reorganização interna muito mais de caráter administrativo." ("Manual de Direito Administrativo", 14ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 494).

O citado professor reconhece que "o poder de iniciativa para a criação ou reestruturação funcional de cargos e carreiras se aloja no âmbito da discricionariedade de cada titular, cabendo-lhe o exame da conveniência e oportunidade para tomar aquela providência" ("Manual de Direito Administrativo", op. cit., p. 495), donde se conclui tratar-se de matéria reservada à decisão do Executivo, no tocante aos cargos inseridos na estrutura que lhe é inerente, com aprovação posterior pelo Legislativo, no exercício da função que lhe é atribuída pela Constituição da República.

Na mesma linha de raciocínio, José Maria Pinheiro Madeira aduz:

"Poder Público Estadual, com o escopo de promover a reestruturação orgânica de seus quadros funcionais, com a modificação dos níveis de referências das carreiras para realizar correções setoriais, promulga lei que altera a nomenclatura, as classes e as referências do quadro da Fazenda, de modo a promover reclassificação de cargos na escala funcional.

(...)

A Administração pode suprimir, transformar e alterar cargos públicos independentemente da aquiescência de seu titular, uma vez que o Servidor não tem direito adquirido à imutabilidade de suas atribuições, nem à continuidade de suas funções originárias; no entanto, a transformação somente pode se dar para serviços da mesma natureza, entendendo-se mesma natureza os desempenhados por servidores da mesma classe funcional." ("Servidor Público na Atualidade", 3ª edição, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2005, p. 60)

Com fulcro em tais ponderações doutrinárias, infere-se ser lícito ao Estado de Minas Gerais dispor sobre a sua estrutura e organização, inclusive determinando a reestruturação orgânica dos seus quadros funcionais, consoante critérios de conveniência e oportunidade político-administrativos. No cumprimento de tal mister, é indispensável que se observem as competências basilares características de cada unidade, porquanto inadmissível alteração que desfigure as competências constitucionais ou as atribuições essenciais dos cargos em questão e dos servidores neles providos.

Ao indagar sobre a possibilidade de a Administração Pública proceder à reestruturação orgânica de seus quadros funcionais, José Maria Pinheiro Madeira vale-se da orientação jurisprudencial hodierna:

"De acordo com decisão proferida em ROMS nº 9.341-CE, o Supremo Tribunal Federal entendeu que 'a ordem constitucional confere à Administração Pública poder

discricionário para promover a reestruturação orgânica de seus quadros funcionais, com a modificação dos níveis de referências das carreiras para realizar correções setoriais.' Dessa forma, verifica-se que a Administração Pública, no exercício do seu poder discricionário, tem o poder de proceder reestruturação orgânica de seus quadros funcionais.

Da mesma forma que o nosso ordenamento constitucional permite que a Administração Pública promova reestruturação orgânica de seus quadros funcionais, impõe limites a essa atuação, qual seja: princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos." ("Servidor Público na Atualidade", op. cit., p. 61)

Não se pode ignorar a legitimidade de se alterar o regime jurídico em que se inserem os cargos de provimento efetivo e os respectivos servidores, uma vez que a própria mutabilidade inerente ao regime estatutário evidencia a legitimidade das alterações realizadas, mormente quando o objetivo principal é o aperfeiçoamento na execução das competências públicas com a melhoria na organização das estruturas estatais. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar os Embargos Infringentes na ADI nº 1.591-ES invocou a necessidade de se dar espaço a soluções de racionalização na Administração Pública como fundamento para entender legítima a criação de nova carreira fazendária estadual, com incorporação de outras carreiras então em extinção. (ADI nº 1.591-ES, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno do STF, Informativo 292 do STF)

Não foi outro o entendimento exarado ao final da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.713-DF no bojo da qual se considerou constitucional a transformação dos cargos de assistente jurídico da Advocacia Geral da União em cargos de Advogado da União, mediante unificação de carreiras de idênticas atribuições (ED-ADI nº 2.713-DF, rel. Min. Ellen Gracie, Pleno do STF, Informativos nº 306, 331 e 335 do STF). Confira-se, cumulativamente, o seguinte julgado do Plenário do STF:

"Por maioria, o Tribunal julgou improcedente o pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Popular Socialista - PPS contra a LC 189/2000, do Estado de Santa Catarina, que extingue os cargos e as carreiras de Fiscal de Tributos Estaduais, Fiscal de Mercadorias em Trânsito, Exator e Escrivão de Exatoria, e cria a carreira de Auditor Fiscal da Receita Estadual - AFRE, determinando o aproveitamento dos ocupantes dos cargos extintos nos cargos criados. O Tribunal, não vislumbrando diferença entre este caso e o que assentado no julgamento da ADI 1.591-SP (DJU de 3.12.2002), afastou a alegada ofensa à exigência de concurso público, tendo em vista a afinidade de atribuições das carreiras consolidadas e a necessidade de dar espaço a soluções de racionalização administrativa." (ADI 2.335-SC, rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, Plenário do STF, Informativo nº 312 do STF).

Conclui-se, por conseguinte, ser admissível, nos termos da Constituição e da recente orientação jurisprudencial da Corte Suprema, que Estado-membro, mediante iniciativa do Chefe do Executivo, exerça a atribuição de avaliar a oportunidade e conveniência de iniciar o processo legislativo com vistas a reestruturar o quadro de órgãos e funcional que lhe integram. Cumpre que, no referido processo, sejam observados os limites formais e materiais expressos na própria Constituição e no ordenamento infra-constitucional, em face da realidade específica em que tal reestruturação ocorrerá.

### **3. Da inconstitucionalidade da transformação de cargos com alteração das atribuições ou dos requisitos legais de provimento e da autotutela administrativa**

Insta ressaltar que, embora o remanejamento de pessoal decorrente da reestruturação de carreiras seja permitido e até recomendável em algumas circunstâncias, consoante demonstrado no item 2, não pode o mesmo flexibilizar com o cumprimento das normas constitucionais. A CR, tendo em vista a regra do artigo 37, II, não comporta a nomeação para outro cargo, independentemente de concurso, ao argumento falacioso de reestruturação de carreiras públicas. Tal reestruturação deve observar circunstâncias especiais, como a estrita correlação das atribuições do cargo até então exercido pelo servidor, cujas aptidões foram aferidas em concurso público prévio, e das funções reunidas no novo cargo. É inadmissível o desprezo de quaisquer das razões que informaram a redação do artigo 37, II da Constituição.

O Supremo Tribunal Federal já assentou a inadmissibilidade de se integrar o servidor em outra carreira nas hipóteses em que se pretendeu apenas institucionalizar provimentos derivados inconstitucionais, excluída a reestruturação ou reorganização legitimamente admissíveis:

“Diante da violação ao art. 37, II, da CF, o Tribunal julgou procedente pedido de ação direta ajuizada pelo Governador do Estado de Rondônia para declarar a inconstitucionalidade do art. 56 da LC 67/92, do mesmo Estado, que viabilizou, independentemente de prévia aprovação em concurso público, a integração formal de servidores públicos no Quadro de Pessoal de Autarquias ou Fundações Estaduais daquela unidade da Federação, desde que esses agentes estivessem, no momento da publicação do ato normativo em referência, à disposição dessas entidades administrativas.” (ADI nº 1.350, rel. Min. Celso de Mello, julgada em 24.02.2005, Plenário do STF, Informativo 377 do STF)

“CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. TRANSFORMAÇÃO DE FUNÇÕES PERMANENTES E DE EMPREGOS EM CARGOS PÚBLICOS. PROVIMENTO DERIVADO POR ASCENSÃO.

Lei Complementar nº 03/90, do Estado do Pernambuco, art. 2º, § 1º, art. 3º, § 2º, art. 14, III, §§ 1º, 2º e 3º. I. – Suspensão cautelar da eficácia do inciso III do art. 14 e seus §§ 1º, 2º e 3º, da Lei Comp. 03/90, do Estado do

Pernambuco.” (ADI-Med. Cautelar nº 1.476-PE, rel. Min. Carlos Velloso, Pleno do STF, DJU de 01.03.02, p. 30).

Afinal, não se pode admitir que alguém seja investido na titularidade de um cargo público sem a prévia aprovação em concurso público. Isto porque, consoante se demonstrou no item 1, a regra vigente é no sentido de que o provimento inicial e o derivado sujeitam-se à norma do inciso II do artigo 37, ressalvadas as exceções constitucionais. Se não se trata de uma das exceções da Lei Maior e se já preexistia uma relação jurídico-funcional da pessoa e o Estado, é inadmissível que outro vínculo se forme em virtude da mera edição de diploma legal supostamente reestruturador da estrutura do Estado, quando este novo vínculo se estabelece relativamente a atribuições diversas das anteriormente exercidas pelo servidor, mediante exigência de requisitos de habilitação também diferentes.

Não se admite que o fato de alguém ser titular de um cargo público, de provimento efetivo, possa, validamente, propiciar a aquisição de titularidade de qualquer outro, principalmente se de grupo ocupacional diverso, afastados os riscos e ônus de uma concorrência externa, via concurso público. Em outras palavras, é inadmissível que se abra a possibilidade de transferência de funcionários de uma carreira a outra, ou de um cargo isolado a outro, sem mais exigências, como acontecia antes da promulgação da Constituição de 1988, cujo artigo 37, II, ao utilizar a expressão “investidura” colocou fim às discussões anteriores fundadas no emprego anterior da expressão “primeira investidura”.

Assim, atualmente, sempre se caracterizará nova relação jurídico-funcional e, conseqüentemente, nova investidura, quando o servidor vincula-se a outro cargo isolado ou de carreira profissional diversa da que vinha exercendo, sendo imperiosa a aprovação em concurso público específico e superveniente. Uma auxiliar de assuntos gerais, que trabalhe na limpeza de uma escola estadual, se concluir o curso superior de letras, deve concorrer em concurso público para provimento do cargo de professor de literatura. Sendo habilitada e logrando êxito no concurso, será nomeada professora de literatura e isso caracteriza novo provimento em cargo que nada tem a ver com sua situação funcional anterior, porquanto não apresenta qualquer vinculação com o exercício do cargo que ocupava anteriormente. Não poderia, em razão de eventual reestruturação de carreiras, deixar automaticamente de exercer sua função de auxiliar de assuntos gerais e passar a lecionar aulas de literatura na rede estadual de ensino. À obviedade, alguém nomeado para o cargo de enfermeiro não pode, após reorganização das carreiras, passar a exercer as funções de médico. O que se pretende evidenciar é que não se pode admitir, à guisa de camuflagem para manobras, algumas sutis, a ignorância das normas expressas e claras do ordenamento que impedem a vinculação a cargos diversos sem aprovação prévia em concurso público específico.

O ingresso em outra carreira, mesmo afim, depende de submissão a concurso público de provas ou de provas e títulos, sendo vedada a hipótese de dispensa de sua realização, pena de ofensa ao artigo 37, II da Constituição. Afinal, a Constituição sequer atribuiu ao legislador ordinário a possibilidade de estabelecer, diretamente ou por exclusão, liberalidades no tocante à observância da exigência de concurso público, pelo que é manifesto que não se pode reconhecer tal faculdade ao administrador público.

Repita-se, pois, que o inaceitável, em termos estritamente jurídicos, é valer-se, artificialmente, da reestruturação de carreiras para se furta ao cumprimento de exigência de ordem constitucional, levando a efeito provimentos derivados não excepcionados no texto magno da regra da obrigatoriedade do concurso público.

Novos cargos, no bojo dos quais estejam inseridas atribuições diversas daquelas enfeixadas anteriormente em cargos existentes anteriormente, devem ser providos apenas se se assegurar igual oportunidade a todos os eventuais interessados os quais preencham os requisitos legais. Afinal, a finalidade do concurso público é viabilizar que, em cada caso e em cada cargo, se perquiram os requisitos normativos do ordenamento fixados de acordo com a natureza e complexidade da função a ser exercida, atendidos os princípios constitucionais de regência. Não podem ser privilegiados os atuais servidores pelos simples fato de já integrarem o quadro de pessoal do Estado. Ao contrário, ao ente político é imperioso oferecer igual oportunidade de acesso a todos os eventuais interessados que demonstrem a aptidão necessária para o exercício dos novos cargos, garantindo-se, presumivelmente, nos novos e específicos concursos públicos, a admissão do melhor servidor para o exercício das novas funções.

Entendimento em sentido contrário significaria retrocesso de praticamente duas décadas, com retorno da balbúrdia estrutural abolida com o advento da Constituição vigente. Na verdade, antes mesmo da CR/88, autores como Márcio Cammarosano já afirmavam:

“Para efeito de provimento de cargo público, ninguém, pelo simples fato de já ser funcionário, pode ser privilegiado a ponto de se ver livre da concorrência de quaisquer eventuais interessados que preencham os requisitos legais. A reserva de determinados cargos para provimento derivado só é possível se houver razão lógica que a justifique, aferível à luz do interesse público, que o Estado deve perseguir, e que não se confunde com o particular interesse do funcionário em galgar cargos mais elevados, de natureza profissional diversa daquele de que já é titular.” (“Provimento de Cargos Públicos no Direito Brasileiro”, SP, Revista dos Tribunais, 1984, p. 107)

Já sob a vigência da atual Constituição, Cármem Lúcia Antunes Rocha elucida:

“Prevalece, assim, a vedação de ingresso em dada carreira sem aprovação prévia em concurso público prestado para o cargo inicial de carreira específica, não sendo possível a sua aceitação para qualquer cargo ou emprego público e, posteriormente, o seu aproveitamento como condição para ingressar em cargo ou emprego de carreira para a qual não se tenha aprovado o candidato especificamente.” (“Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos”, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 205)

Em cada caso concreto, portanto, deve-se promover a análise da reestruturação realizada de modo a afastar, definitivamente, a possibilidade de se tratar de mal disfarçada burla à regra da necessidade de concurso público. A lei que, ao argumento da reestruturação de carreiras, ensejar provimento em choque direto à taxativa recomendação constitucional do artigo 37, II padecerá de inconstitucionalidade, assim como os atos de provimento nela fundados, o que propiciará reparação judicial nos moldes em que inerente ao Estado Democrático de Direito.

Como leciona Marcílio Toscano Franca Filho, uma vez constatada a inconstitucionalidade do ato administrativo, a irregularidade deve logicamente ser sanada com a sua extinção. Com esteio nas afrontas à ordem jurídica, são impertinentes quaisquer alegações a respeito de direito adquirido o ato jurídico perfeito:

“Um ato nulo não é apto a produzir direito adquirido nem não adquirido. O STF já se pronunciou a esse respeito em diversas ocasiões. Vejamos:

‘Ato jurídico perfeito – Direito adquirido – Constituição Federal. A existência de ato jurídico perfeito, a desaguar em direito adquirido, pressupõe a formalização em harmonia com a ordem jurídica constitucional’ (STF – 2ª T – AgRag 155772/SP – rel. Min. Marco Aurélio – DJ 27.05.1994, p. 13.177).

‘Mandado de segurança. Magistrado do Distrito Federal. Decisão do Tribunal de Constas da União que, no processo de sua aposentadoria, excluiu, do cálculo dos proventos, o tempo de serviço prestado a entidade particular e a vantagem prevista no art. 184, II, da Lei 1.7111/52. Inexistindo lei autorizadora de contagem de tempo de serviço em atividade particular, para efeito do cálculo de adicional por tempo de serviço, não há falar-se em direito adquirido ao cômputo da aludida vantagem nos proventos de aposentadoria. O deferimento dos adicionais, na atividade, *foi ato nulo, insuscetível de gerar direito*’ (STF – Pleno – MS 21722/DF – rel. Min. Ilmar Galvão – DJ 18.03.1994, p. 5.151).

Destarte, tismado que estava do vício da inconstitucionalidade, como amiúde explicitado, o ato concessório da aposentadoria especial é nulo, não sendo apto a gerar qualquer efeito jurídico que importe direito adquirido. O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a *supremacia da Constituição*. Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica. O reconhecimento da validade de uma norma *inconstitucional* – ainda que por tempo limitado – representaria uma ruptura com o princípio da *supremacia* da Constituição.

*A norma inconstitucional não pode criar direitos, nem impor obrigações, de modo que tanto os órgãos estatais como o indivíduo estão legitimamente autorizados a negar obediência às prescrições incompatíveis com a Constituição.*" (Revista dos Tribunais, v. 807, p. 149-150).

Assim, se se demonstrar a inobservância do artigo 37, II da CR, é mister reconhecer imediatamente o vício insanável da reestruturação das carreiras cujo objetivo tenha sido institucionalizar ilegítimos provimentos derivados, com a invalidação dos atos administrativos praticados com base em tais normas inconstitucionais, promovendo-se o conseqüente retorno ao *status quo ante*. Destarte, com a devida vênia dos entendimentos em sentido contrário, entende-se ausente a possibilidade de se discutir eventual repercussão, para fins de aposentadoria, de hipóteses em que a transformação de cargos tenha resultado em alteração das atribuições e dos requisitos para investidura no cargo. Nestes casos, o imediato controle da juridicidade dos comportamentos públicos levará a que se extirpe do ordenamento os atos normativos e concretos contrários ao texto constitucional.

#### ***4. Da impossibilidade da mera reestruturação constitucional de carreiras repercutir desfavoravelmente na contagem do tempo de serviço dos servidores públicos. Do princípio da realidade como decorrência da segurança jurídica.***

Em relação às hipóteses em que a reestruturação ocorra com atenção à afinidade das atribuições das carreiras consolidadas, à necessidade de dar espaço a soluções de racionalização administrativa e com respeito aos anteriores requisitos de habilitação e ao conteúdo das atribuições até então exercidas pelos servidores, entende-se ser inadmissível que a Administração pretenda alterar o regime jurídico de aposentadoria dos seus agentes públicos em razão da mera reorganização da sua estrutura orgânica e de pessoal.

Por conseguinte, se o artigo 6º da Emenda Constitucional nº 41 assegurou a possibilidade de os servidores que ingressaram no serviço público até 31 de dezembro de 2003 optarem com proventos integrais, correspondentes à totalidade da remuneração no cargo efetivo em que se der à aposentadoria, cumpridos os requisitos enumerados nos incisos do artigo 6º da EC 41/03, é inadmissível que os servidores sejam prejudicados em razão de simples reestruturação de carreira levada a efeito previamente pelo Estado de Minas Gerais.

Em especial no tocante ao pressuposto do inciso IV do artigo 6º da EC 41/03, a saber, dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria, não há dúvida de que o objetivo da norma foi assegurar aos servidores que se encontravam exercendo as funções de um mesmo cargo há 05 (cinco) anos e integrando a mesma carreira há 10 (dez) anos pudessem aposentar-se com proventos correspondentes à totalidade da remuneração do referido cargo. Ora, se malgrado eventual reestruturação de carreira, permaneceram as atribuições do cargo exercido pelo servidor, uma vez que a mera reorganização da estrutura orgânica e de pessoal não ignorou os requisitos de habilitação e as funções essenciais dos cargos anteriores em estrita

observância à orientação do STF, tem-se atendida a exigência constitucional do artigo 6º da EC 41, sendo inadmissível recusar aos servidores que ingressaram antes de 31.12.2003 a integralidade equivalente ao total da remuneração dos cargos efetivos por eles exercidos.

Não há dúvida de que os problemas vividos, hodiernamente, pelos governos, os quais buscam incessantemente a redução da sua estrutura administrativa, terminam por incentivar mudanças constantes do texto constitucional e da legislação. À própria Constituição da República tem-se atribuído características como a provisoriedade, incompletude e mutação constante. Consubstancia fato corriqueiro entre os estudiosos do Direito Público a afirmação de que, nesta seara, é impossível a alguém ser vítima do tédio. Afinal, o comum é que se depare com novas regras constitucionais, legais e administrativas, teorias doutrinárias e orientações jurisprudenciais diversas, não raramente casuísticas, de modo a se enfrentar, rotineiramente, conflitos e demandas múltiplas.

Nesse contexto, é indispensável que o Estado evite criar insegurança na sociedade e também junto aos agentes públicos incumbidos do exercício das competências administrativas. Para evitar maiores prejuízos e até mesmo o agravamento dos problemas de gestão administrativa, vem sendo invocada a segurança jurídica como pilar de sustentação da ordem jurídica e da estabilidade das relações sociais. No atinente à sua concretização em um Estado Democrático, malgrado as necessidades de transformações pontuais, prescreve-se à Administração o dever de zelar pela solidez institucional dos seus órgãos, entidades e regime de pessoal, de modo que o equilíbrio no exercício das competências públicas assegure a constância e a harmonia na satisfação das necessidades dos cidadãos. Um dos aspectos basilares a uma experiência democrática é a sua estabilidade institucional, que exige um mínimo de equilíbrio na interpretação das mutações realizadas no regime jurídico dos servidores públicos, por se tratar de um elemento indispensável ao cumprimento das atribuições estatais.

Não é lícito ao Poder Público olvidar da sua missão de perseguir e promover um mínimo de quietude e firmeza nas relações jurídicas travadas com o seu quadro de pessoal, sob pena de acirramento no fenômeno dos conflitos contemporâneos. A segurança jurídica atual é um dos principais fatores capaz de repercutir no equilíbrio administrativo futuro e, assim, de viabilizar maior efetividade pública. Trata-se de uma limitação vinculante do próprio Estado que é essencial à sua caracterização como Democrático de Direito. Neste Estado a confiabilidade nos atos e nas decisões públicas é prerrogativa dos cidadãos e dos servidores.

Diz o constitucionalista Luís Roberto Barroso:

“A *segurança*, por sua vez, encerra valores e bens jurídicos que não se esgotam na mera preservação da integridade física do Estado e das pessoas. Abrigam-se em seu conteúdo, ao contrário, conceitos fundamentais para a vida civilizada, como a continuidade das normas jurídicas, a estabilidade das situações já constituídas e a certeza jurídica

que se estabelece sobre situações anteriormente controvertidas.” (Revista dos Tribunais, v. 779, p. 116).

Até mesmo para que o Estado possa cumprir adequadamente as normas jurídicas, no exercício da função administrativa por meio dos seus agentes, é indispensável a confiança daqueles que integram o seu quadro de pessoal. Afinal, é necessário que haja um mínimo de firmeza e coerência nos comportamentos públicos relativos ao tratamento do regime jurídico aplicável aos seus servidores, de modo a viabilizar o cumprimento, pelos últimos, das competências estatais e atingimento do interesse público.

Certo é que a doutrina reconhece ao princípio da segurança jurídica o objetivo de subtrair a atividade pública das áleas do arbítrio, assegurando-se a estabilidade mínima possível em um dado sistema. Se no mundo moderno não se pode esperar o imobilismo, igualmente rejeitada é a instabilidade desagregadora do sistema jurídico. Os interesses individuais e coletivos não podem ser expostos à imprevisibilidade acentuada, nem mesmo a mudanças bruscas, irrefletidas e desnecessárias, sendo imperioso proteger a boa-fé dos integrantes do quadro de pessoal do Estado. Em outras palavras, embora seja inerente ao direito ser um sistema mutante, porquanto relativo a uma sociedade em permanente transformação, deve-se buscar um mínimo de equilíbrio e estabilidade necessários ao futuro das relações sociais.

Especificamente sobre a reorganização de carreiras no Estado, embora seja lícita a sua implantação, respeitadas as diretrizes basilares da jurisprudência proclamada pelo Supremo Tribunal Federal, não é possível que em razão de tal reestruturação terminem os servidores prejudicados com sua exclusão de situação jurídica que lhes seria reconhecida nos termos do artigo 6º da EC 41/03. Isto principalmente em se considerando que a prerrogativa do artigo 6º da Emenda Constitucional nº 41 objetivou assegurar a integralidade de proventos aos servidores que ingressaram no serviço público até 31.12.2003 e que, dentre outros requisitos, exerçam por cinco anos o cargo efetivo em que se der a aposentadoria, integrando por dez anos a carreira. Em outras palavras, o fato de estar há 10 (dez) anos naquela carreira e há 05 (cinco) anos exercendo as atribuições do cargo é que justifica reconhecer ao servidor que se vinculou à Administração até 31 de dezembro de 2.003 o direito a receber, a título de proventos, a totalidade da remuneração do cargo efetivo exercido. Se, a despeito da reestruturação orgânica realizada pelo Estado, a carreira e os cargos são os mesmos do ponto de vista material e substantivo, nenhuma razão juridicamente válida existe para se excluir a prerrogativa do artigo 6º da EC 41/03, pena de se criar o desequilíbrio nas relações jurídico-funcionais.

Observem-se, ainda, as seguintes ponderações do Parecer SEPLAG/AJA nº 1.981/04:

“Neste sentido, podemos depreender que não se configura transformação de cargos propriamente dita quando o servidor detentor de cargo efetivo permanece com as mesmas atribuições que exercia no cargo anterior e com a mesma remuneração (e, ainda detentor de cargo efetivo). O mesmo se aplica em relação à sua carreira, pois se houve reenquadramento, a carreira anterior foi extinta, criando-se

simultaneamente uma nova, sendo que os cargos que a preenchem possuem as mesmas atribuições e remuneração dos anteriores. Logo, em ambos os casos, o servidor não poderia ser prejudicado pela regra instituída pela Emenda supracitada.” (fl. 11)

Qualquer entendimento em sentido contrário ignoraria a realidade administrativa a que se destinam as regras de aposentadoria. E não há dúvida de que não pode qualquer norma administrativa ignorar o mundo dos fatos a que se refere. Sendo assim, deve a interpretação privilegiar o que restou evidenciado na prática administrativa, atentando-se para a veracidade das circunstâncias empíricas.

Trata-se do princípio da realidade segundo o qual cabe ao Direito sintonizar-se com o caso concreto, uma vez que as normas jurídicas foram criadas exatamente para reger os fatos, deles não podendo se afastar. Máximas sobre a incidência da lei como “lex domicilii, lex rei sitae e locus regit actum” trazem a idéia basilar de que a norma aplicável é a que tem ligação mais próxima com a pessoa, causa ou questão jurídica em tese. No Direito Administrativo, incide, igualmente, a necessidade de se aproximar a norma da realidade “sub examine”. Daí ser indispensável que prevaleça o que sucedeu no terreno dos fatos, excluída a possibilidade de incidência de norma desvinculada da realidade em questão. O sistema jurídico jamais pode governar com ignorância das circunstâncias concretas a cuja regulação se destina.

Se, na realidade administrativa, nenhuma interrupção ou alteração ocorreu no exercício de determinadas atribuições pelo servidor, é inadmissível considerar que uma simples reorganização de carreiras voltada para a maior eficiência administrativa leve ao enquadramento do regime de aposentadoria em situação diversa e desfavorável ao agente público, porquanto suprimida prerrogativa constitucional (artigo 6º da EC 41).

O Supremo Tribunal Federal também já invocou a realidade como princípio capaz de orientar a interpretação de dispositivo do ADCT da CR/88: “Os princípios da continuidade, da realidade, da razoabilidade e da boa-fé obstaculizam defesa do Estado em torno das interrupções e, portanto, da ausência de prestação de serviços por cinco anos continuados de modo a impedir a aquisição da estabilidade” (RE nº 158.448-MG, rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma do STF, DJU de 25.09.98, p. 20).

O Superior Tribunal de Justiça, ao decidir o Recurso Especial nº 64.124-RJ, relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, deixou assentado que “A norma de sobre-direito magistralmente recomenda ao Juiz, na linha da lógica razoável, que, ‘na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum’. Em outras palavras, é de repudiar-se a aplicação meramente formal de normas quando elas não guardam sintonia com a realidade.”

Também os Tribunais de segundo grau de jurisdição têm atentado para o fato de que “cabe ao Judiciário apreciar a realidade e a legitimidade dos motivos em que se inspira o ato discricionário da administração” (Apelação no

MS 97.02.01335-6, rel. Des. Fed. Rogério V. de Carvalho, TRF 2ª Região, DJU de 08.06.99, p. 362).

À obviedade, a sujeição da Administração aos fatos reais evita a insegurança social, pois é assegurado aos cidadãos e aos servidores públicos que a incidência da norma administrativa não ignorará a realidade em que se inserem. No caso em comento, se do ponto de vista material restar evidenciado que a reestruturação de carreiras não alterou as atribuições dos cargos que submeteram-se à reorganização, não há que se suprimir a prerrogativa do artigo 6º da EC nº 41/03 em relação aos servidores que satisfizerem todos os requisitos constitucionais.

### **Conclusão**

Pelas razões expostas, entende-se que, se a transformação de cargos resultou em alteração das atribuições e dos requisitos de habilitação, impõe-se o imediato controle de juridicidade dos atos normativos e concretos contrários ao texto constitucional, em especial à regra do artigo 37, II da CR, promovendo-se o conseqüente retorno ao "status quo ante". Se realizada a reestruturação orgânica do Estado com atenção à afinidade das atribuições das carreiras consolidadas, à necessidade de dar espaço a soluções de racionalização administrativa e com respeito aos anteriores requisitos de habilitação e ao conteúdo das atribuições até então exercidas pelos servidores, afasta-se a possibilidade de exclusão da prerrogativa do artigo 6º da Emenda Constitucional nº 41/03, porquanto respeitada a teleologia da exigência do inciso IV do referido dispositivo. Destarte, a despeito da reestruturação implantada, os servidores que ingressaram no serviço público até 31 de dezembro de 2003 poderão optar por proventos integrais, correspondentes à totalidade da remuneração no cargo efetivo em que se der à aposentadoria, se cumulativamente cumpridos os requisitos enumerados no "caput" e nos incisos do artigo 6º da Emenda Constitucional nº 41.

À superior consideração.

Belo Horizonte, 14 de outubro de 2005.

**Raquel Melo Urbano de Carvalho**

Procuradora do Estado

MASP 598.213-7

OAB/MG 63.612