

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

ORIGEM : Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

(*) Parecer Nº - GM - 030

Para os fins do disposto no art. 41 da Lei Complementar Nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, submeto ao **EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA REPÚBLICA** o Parecer anexo, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 4 de abril de 2002.

GILMAR FERREIRA MENDES

Advogado-Geral da União

(*) A respeito deste Parecer o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: "De acordo". Em 4-4-2002.

PARECER Nº - GM – 030 PROCESSO Nº - 00001.005869/2001-20

ORIGEM: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

EMENTA: Direito Previdenciário. Regime próprio de previdência social. Servidores Públicos. Vinculação de servidores beneficiados pela estabilidade especial conferida pela Constituição de 1988 ao regime próprio de previdência social. Vinculação que independe da condição de efetividade. Conflito de competência e de interpretação entre o Ministério de Assistência e Previdência Social e o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

ASSUNTO: Para os fins previstos na Lei Complementar 73, de 10 de fevereiro de 1993, a Casa Civil da Presidência da República encaminha a Exposição de Motivos Nº 310, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, na qual são suscitados conflito de competência, bem como divergência de interpretação sobre o direito material, ambos relativos a requisitos legais e constitucionais para aquisição do direito à condição de beneficiário da previdência social oficial.

Do ponto de vista formal, o Senhor Ministro do Planejamento alega competência exclusiva do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para tratar de matérias relativas a pessoal civil do Poder Executivo, tal como estabelecido em Parecer vinculante desta Advocacia-Geral da União (GQ 46, de 20.12.94); quanto ao direito material, diverge do entendimento adotado pelo Ministério da Previdência e Assistência Social sobre o assunto em referência, como se vê dos respectivos pronunciamentos, que se resumem a seguir.

I - ENTENDIMENTO DO MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL

Em 16.09.2000, o Ministro da Previdência aprovou o Parecer/CJ/Nº 2281/2000, elaborado para dirimir controvérsias sobre qual o regime previdenciário em que se enquadrariam servidores públicos em distintas circunstâncias funcionais.

No referido Parecer, o MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA alega, em síntese, que aos servidores beneficiados pela estabilidade constitucional especial, não se estendeu a condição de servidores efetivos, concluindo que, "a partir de 30 de outubro de 1998, data da publicação da Medida Provisória Nº 1.723/98, os servidores estáveis e não efetivos, os servidores não estáveis e não efetivos, os servidores titulares, exclusivamente, de cargos em comissão declarados em lei [como sendo] de livre nomeação exoneração, e os temporários não podem ser ou continuar vinculados a um regime próprio de previdência social, pois são segurados obrigatórios do RGPS." (item 30 – trecho entre colchetes acrescido ao original).

Isto porque, no entender do MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA, à vista de doutrina e da farta jurisprudência que transcreve, o direito à condição de beneficiário da previdência oficial, somente pode ser adquirido por servidor efetivo, além de estável, e a efetividade de fato não teria sido alcançada pelos servidores que, embora beneficiados pela estabilidade excepcional conferida pela Constituição, não efetivados pela via do concurso público, não mais teriam direito aos benefícios da previdência oficial, a partir da entrada em vigor da Medida Provisória 1.723/98.

Insurgiu-se, contudo, o MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, no Parecer/MP/CONJUR/IC/Nº 1164, de 2.9.2001, contra o entendimento do MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA.

II - ENTENDIMENTO DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

Em seu Parecer, a Consultoria Jurídica do MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ciente da existência do Parecer do MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA, "entendeu conveniente manifestar-se, espontaneamente, de maneira normativa, na qualidade de órgão central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal - SIPEC, a respeito da vinculação dos servidores públicos regidos pela Lei Nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ao regime próprio de previdência social, ante a promulgação da Emenda Constitucional Nº 20, de 15 de dezembro de 1998." (Par. MP/CONJUR/IC-Nº 1164 de 02.09.2001, cit.), em manifestação que se resume a seguir.

Quanto à divergência sobre competência, o MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO entende que "o *jus dicere* deferido às Consultorias dos Ministérios pelo art. 11 da Lei Complementar Nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, possui campo residual de atuação, mas não lhes compete analisar e oferecer conclusões sobre leis e normas atinentes a pessoal civil do Poder Executivo, porque da competência privativa do órgão central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal - SIPEC, isto é, deste Ministério [do Planejamento]. Este mister é necessário para que haja coerência e uniformização dos mecanismos jurídicos de controle interno de legalidade das ações da União", nos termos do citado Parecer GQ 46, da AGU, que reproduz então.

No mérito, conclui o MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, que "a vinculação de servidores públicos a regime próprio de previdência social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, atinge todos aqueles abrangidos por seus [respectivos] Regimes Jurídicos próprios (específicos), o que lhes afasta a **condição de segurados obrigatórios do Regime Geral de Previdência Social - RPGS.**" (item 3, destaque do original).

Em primeiro lugar, o MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO estabelece uma distinção entre a estabilidade, definida como garantia constitucional do servidor, e a efetividade, posta como característica do provimento de certos cargos, em virtude de habilitação em concurso público, extraindo desse contexto que "a estabilidade não é no cargo, mas no serviço público" (v.g., que uma é atributo do cargo, outra do serviço) e que "a estabilidade é um atributo pessoal do ocupante do cargo, adquirida após a satisfação de

certas condições de seu exercício", pelo que, reconhece, "sem efetividade, não pode ser adquirida a estabilidade" como afirmara o MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA, mas, ao contrário deste último, o MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO faz uma importante ressalva, que a rigor não é sua, nem do MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA, mas sim da própria Constituição, ou seja, que tal assertiva é válida apenas como regra geral, fixada pela Constituição, por isso que não invalida, ao contrário afirma a regra geral, ou seja, a "exceção expressa na Constituição Federal, que garantiu estabilidade a quem ingressou no serviço público sem a observância do disposto no inciso II do seu art. 37".

Acrescenta que a jurisprudência citada pelo MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA, oriunda do Supremo Tribunal Federal, inclusive, no sentido de que "sem efetividade, não pode ser adquirida a estabilidade" que é requisito para o regime de previdência oficial, são válidas enquanto circunscritas à regra geral estabelecida pela Constituição, não obviamente a uma disposição transitória que nem por isso, por ser transitória, teria menos eficácia em face do texto genérico da parte permanente.

Por isso mesmo, por ser a efetividade excepcional adquirida tão somente pelo tempo – mesmo porque de outra forma não seria excepcional – a Emenda Constitucional Nº 20, de 1998, expressamente 'respeitou todos os direitos e garantias asseguradas pelo ADCT e pela legislação até então vigente.' (par. cit., item 17, *in fine*), no caso pela Lei 8.112/90, a qual, "por meio de seu art. 243, não se descurou do servidores de que trata a excepcionalidade trazida pelo art. 19 do ADCT da Constituição Federal de 1988".

Finalizando, o MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO manifesta o entendimento de que as conclusões jurídicas que informam o Parecer do MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA "merecem reparo, tendo em vista que o art. 40 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional Nº 20, de 1998, não veda a vinculação de nenhuma das categorias de servidores a regime próprio de previdência social". Por isso mesmo, as manifestações do MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA em sentido contrário estariam "em dissonância com a norma constitucional e infraconstitucional", pelo que sugere seja esta Advocacia-Geral da União instada a opinar, de maneira normativa, a respeito do tema, vez que é a responsável por dirimir as controvérsias jurídicas advindas de pronunciamentos antagônicos das Consultorias Jurídicas.

III - DO MÉRITO DA CONTROVÉRSIA

Feito o relato, é de se observar que o núcleo da divergência consiste em duas interpretações discrepantes do texto constitucional, a saber, da regra contida no art. 40 da Constituição, com redação dada pela Emenda Constitucional Nº 20/98, na qual somente se assegura direito a previdência oficial aos servidores 'titulares de cargos efetivos da União ...', entendendo o MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA não ser essa a condição dos servidores não estáveis nem dos servidores tornados estáveis pelo art. 19 do ADCT, uma vez que não teriam sido "efetivados" por meio de aprovação em um concurso público previsto, contudo nunca realizado, circunstância que tornaria ineficaz a estabilidade a eles outorgada na Constituição, salvo em relação à impossibilidade de demissão desmotivada.

A esse argumento, opõe-se diametralmente o MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ao fundamento de que "não se pode concordar com a interpretação da Consultoria Jurídica do MPAS, no sentido de que os servidores beneficiados pelo art. 19 do ADCT não podem ser vinculados a regime próprio de previdência social, tendo em vista que o art. 40 da Constituição, com redação dada pela Emenda Constitucional Nº 20, de 1998, restringiu o direito à vinculação a esse regime exclusivamente aos servidores de cargos efetivos. A assertiva não encontra conformidade com o texto constitucional, nem tampouco com a legislação infraconstitucional, vez que o dispositivo não fez nenhuma restrição no sentido de proibir a vinculação de outras categorias de servidores a regime próprio de previdência social. Portanto, sob o prisma da conveniência e oportunidade da entidade federativa, poderá o regime próprio de

previdência social, tanto o já existente quanto o que vier a ser instituído, vincular todas as categorias de servidores acaso existentes." (*id.*, *ibidem*, item 25).

Não obstante as diversas questões debatidas entre os Órgãos suscitantes, e independentemente da competência reservada ao Ministério do Planejamento já afirmada em Parecer desta Instituição, o conflito se resolve pela resposta à questão jurídica posta nos autos, a saber: se a condição de ser efetivado no cargo (via concurso), ainda que se trate de efetivação especial e posterior à aquisição da estabilidade (na forma do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), é pré-requisito indispensável para que o servidor tenha direito a regime próprio de previdência.

Em primeiro lugar, parece não haver dúvida de que a interpretação da norma de estabilidade especial, vale dizer, excepcional, constante do Ato das Disposições Transitórias teve por objetivo, tal como passou a ser tradição nas Constituições brasileiras a partir de 1946, conceder a quantos servidores contassem com o tempo de serviço igual ou superior a cinco anos, na data da promulgação da Constituição – excepcionalmente – os mesmos direitos dos servidores efetivados no cargo pela regra geral de ingresso no serviço público mediante concurso e aquisição de estabilidade após um estágio chamado probatório.

De fato, a norma constitucional transitória estabeleceu a necessidade de concurso público para efetivação dos servidores não concursados, os quais tornou estáveis aos cinco anos de serviço. Contudo, entender que o legislador pretendeu criar uma espécie de servidor atípico, ou seja, com todos os direitos do servidor estável, exceto o direito a previdência por regime próprio dos servidores, é interpretação que não parece razoável.

A interpretação mais lógica e mais segura, é entender-se exatamente o oposto, ou seja, que, embora tenha concedido aos servidores não estáveis os mesmos direitos do servidor estável, inclusive, e naturalmente, a aposentadoria, quis o legislador, com a exigência do concurso, nada mais do que aperfeiçoar o processo de integração dos mesmos no serviço público, mediante a correção do meio de ingresso no serviço público, via concurso, ressalte-se, de modo a retirar dos mesmos a condição de servidores com ingresso especial, ao viabilizar a integração completa dos mesmos no *status* de servidores efetivos comuns, inclusive pela forma de ingresso no serviço.

Sobre a possibilidade de efetivação via concurso, tal previsão não parece ter qualquer repercussão sobre a estabilidade do servidor, uma vez que a "*estabilidade* é atributo pessoal do funcionário. Não se confunde com a *efetividade*, que é característica do *tipo de provimento* de certos cargos públicos. É mero tipo de nomeação. No mesmo instante em que o funcionário é nomeado, já tem a rotulação de *efetivo*. A efetividade nasce com a nomeação. É errado dizer que a estabilidade, 'que é o mais', pressupõe a efetividade, 'que é o menos'. Argumenta-se: 'Compreende-se que o efetivo não seja estável, mas não se compreende que um funcionário seja estável e ao mesmo tempo não disponha de cargo efetivo' (cf RD 110:92). De modo algum. Efetividade e estabilidade são entidades heterogêneas, desconexas, incompatíveis. O efetivo pode, com o decorrer do tempo, adquirir estabilidade. É o efetivo-estável. O estável adquire tal *status* pelo decurso do tempo, sem nunca [necessariamente] ter sido efetivo. [Por exemplo,] Na data da promulgação da Carta Política de 1967 [como de resto havia ocorrido em 1946 e ocorreu em 1988], o extranumerário e o interino, desde que estivessem no serviço público há mais de cinco anos adquiriam estabilidade por imposição constitucional. Tornavam-se interinos-estáveis, extranumerários-estáveis, sem nunca terem sido efetivos. Estabilizaram-se, e este novo *status* não passou pela efetividade. Assim a efetividade não é *prius* ou pressuposto necessário da estabilidade." [J.Cretella Jr. *in* Comentários à Constituição de 1988, p. 2425 - itálicos do original, grifos e trechos entre colchetes acrescidos]. Em resumo, a estabilidade não é necessariamente atributo de quem possua efetividade, nem esta última é pressuposto da primeira.

Se a efetividade, como visto, não decorre, não depende, e, ainda que excepcionalmente, como no caso da disposição constitucional transitória, pode nem mesmo ter relação alguma com a estabilidade, não se afigura razoável que se entenda a efetividade como um dos elementos substanciais da

qualidade de servidor público, de tal sorte que, em não ocorrendo na forma prevista excepcionalmente, teria dado ensejo a que a norma constitucional tivesse criado um servidor público inferiorizado, extirpado de um direito comum aos outros servidores estatutários – o direito à previdência oficial.

De fato, uma coisa seria o Poder Constituinte originário, por meio de norma transitória e excepcional e, obviamente, nem por isso de hierarquia inferior haver tornado – como de fato tornou – o tempo de serviço de cinco anos apto, em si mesmo, para estabilizar o servidor no cargo, acrescentando a efetivação, tão-somente, como forma de aperfeiçoar o processo de adoção de servidores não estáveis, pela forma de ingresso regular, via concurso, como foi previsto. Outra coisa, bem distinta – e nada razoável – seria dar a um dispositivo constitucional, transitório ou não, interpretação que, ao fim, resultaria no entendimento de que os servidores beneficiados pela norma constitucional teriam todos os atributos do servidor estável, concedido em norma que inclusive chegou à minúcia, ao detalhe, de conceder-lhes o direito de ingressar via concurso no qual o tempo de serviço anterior será contado como título –, enfim, todos os atributos, exceto o direito a um regime previdenciário próprio.

Muito ao contrário disso, do exposto, vê-se que o objetivo visado pelo Poder Constituinte originário foi de fato dotar os servidores com ingresso irregular das mesmas garantias e os mesmos direitos e deveres do servidor público admitido via concurso público – concedendo-lhes todos os direitos do servidor efetivado pela via do concurso, chegando-se para esse fim a conceder favorecimento excepcional e expresso, para, facilitando a aprovação por meio de pontos por títulos, homogeneizar e regularizar sua forma de ingresso.

Tanto assim que servidores estáveis em razão de norma constitucional transitória são mesmo uma tradição no direito constitucional brasileiro, desde a Constituição de 1946, inclusive. Na época denominados de 'servidores extranumerários', o *status* jurídico dos mesmos, foi objeto de ensinamento de Hely Lopes Meirelles, em seu *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 375 a 376, como segue: "enquanto os funcionários do quadro permanente são nomeados para cargos, os servidores extranumerários são admitidos para funções ou serviços. A característica dessa categoria é a precariedade de sua admissão, o que permite à Administração dispensá-los sumariamente, segundo as conveniências do serviço público. Enquanto, porém, no exercício da função, os extranumerários auferem tratamento idêntico ao dos funcionários do quadro permanente, no que concerne a férias, licenças, aposentadoria e demais vantagens que não gerem direito à função ou à estabilidade no serviço público."

A isso, acrescente-se que tal orientação é ainda verdadeira para aquelas hipóteses de servidores que, regidos pelo regime estatutário, permanecem no serviço público mesmo sem preencher os requisitos constitucionais necessários à aquisição da estabilidade na forma do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Com efeito, a manutenção de tais servidores sob o regime da Lei Nº 8.112, de 20 de dezembro de 1990, equiparou-os, para todos os fins, aos servidores sujeitos ao regime próprio de previdência. Tal circunstância já perdurou desde a promulgação da Constituição e conferiu direitos a incontáveis servidores - inclusive aquele de integrar o regime próprio de previdência social. Essa só verdade estaria a exigir o reconhecimento de situações paradigmáticas e de isonomia na praxe administrativa.

Como se tal não bastasse, há razão adicional para concluir pela integração, no regime próprio de previdência social dos servidores públicos, de servidores não estáveis porque não alcançados pelo art. 19 do ADCT. Trata-se do fato básico de que tais servidores são titulares dos cargos efetivos que ocupam. Não os ocupam na condição de substitutos ou interinos, mas antes detêm sua titularidade. Caso assim não fosse, não se poderia legitimar o pleno exercício das atribuições correlatas bem como seria exigida forma outra para seu provimento. A titularidade é distinta da estabilidade e do caráter efetivo do cargo - assim existe titularidade de cargo em comissão e os titulares de cargo em comissão estão excluídos do regime de previdência próprio aos servidores pela razão outra de que os cargos por eles ocupados não

são cargos efetivos. Nessas condições, servidores titulares de cargos efetivos (efetivos os cargos, não os seus titulares) ainda que não estáveis nem "efetivados" pelo concurso previsto no art. 19 do ADCT preenchem o requisito insculpido pelo art. 40 da Constituição da República e, nessa condição, fazem jus ao regime próprio de previdência dos servidores públicos.

Do mesmo modo, não parece compatível com a segurança jurídica e, uma vez mais, com isonomia imposta à praxe administrativa, que a longa permanência de tais servidores sob o regime estatutário não lhes conceda, quando do preenchimento dos requisitos para a aposentação, os direitos próprios ao regime previdenciário especial constitucionalmente previsto.

Nessa medida, são alcançados por tal regime assim os servidores públicos estáveis como também aqueles estabilizados nos termos do art. 19 do ADCT e aqueles que, mantidos no serviço público e sujeitos ao regime estatutário, não preencheram os requisitos mencionados na referida disposição transitória, alcançando, portanto, os estáveis e efetivados, os estáveis e não efetivados e os não estáveis nem efetivados.

IV - CONCLUSÃO

Do exposto, visto que a efetividade do servidor tem relação com a forma de admissão, não sendo, portanto, um pressuposto ou pré-requisito para considerar-se alguém servidor pleno ou não, conclui-se que os servidores titulares de cargos efetivos – o ainda que não estáveis nem efetivados – o possuem direito ao mesmo regime previdenciário dos demais servidores titulares de cargos efetivos, v.g., efetivos os cargos, não os servidores, efetivos ou efetivados por concurso público.

Com efeito, a nova redação do art. 40, § 13, da Constituição Federal, estabeleceu que, ao "servidor, ocupante, **exclusivamente**, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação, bem como de outro cargo **temporário** ou emprego público aplica-se o regime geral de previdência social" (além de excepcionar os cargos em comissão e os empregos públicos, fez-se, para o regime que introduz, uma única distinção, apenas em relação a cargos e empregos temporários). Segue-se que aparentemente não há lugar para uma interpretação extensiva ser aplicada a uma tal restrição.

Brasília, 4 de abril de 2.002

GILMAR FERREIRA MENDES
Advogado-Geral da União