

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 786.540 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

O assunto foi inscrito como o Tema nº 763 da Gestão da repercussão geral do portal do Supremo Tribunal Federal, com o seguinte título: “possibilidade de aplicação da aposentadoria compulsória ao servidor público ocupante exclusivamente de cargo em comissão, assim como a possibilidade de o servidor efetivo aposentado compulsoriamente vir a assumir cargos ou funções comissionadas”.

Precede o julgamento em testilha uma breve contextualização.

Cuida-se, na origem, de mandado de segurança impetrado por João Teixeira de Souza contra ato por meio do qual o Presidente do Tribunal de Contas do Estado da Rondônia o exonerou do cargo em comissão de Assessor Técnico, nível TC/CDAS-5, do quadro daquele órgão em virtude de ter o impetrante atingido os 70 (setenta) anos de idade.

Narrou o autor que, em razão de consulta realizada pela Prefeitura de Vilhena/RO acerca da interpretação das normas regentes da acumulação de função com cargo de servidor público, o Pleno do TCE-RO, entendendo que a questão deveria ser encarada sob o ponto de vista funcional e não previdenciário, decidiu, por maioria de votos, que o servidor com mais de 70 (setenta) anos se encontrava proibido de ocupar cargo comissionado. Exarou, então, aquele colegiado o Parecer Prévio nº 25/2010, por meio do qual ordenou que, no prazo de 90 (noventa) dias, se procedesse à exoneração de todos os servidores que, havendo excedido o limite etário, estivessem no exercício de cargos em comissão na administração pública estadual direta ou indireta.

Aduziu o autor que, por esse motivo - na época estava com 78 (setenta e oito) anos de idade -, foi dispensado de suas atividades, o que entendia ser inconstitucional. Requereu, pois, a concessão da segurança, a fim de que o ato administrativo por meio do qual foi exonerado fosse anulado, em virtude de vício patente em sua motivação, pretendendo ser reconduzido ao cargo em questão.

O Órgão Pleno do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia houve por bem denegar a ordem postulada, assentando, em essência, que o ocupante de cargo comissionado, muito embora exerça função temporária e tenha assegurado o direito de aposentadoria nos moldes da lei geral da previdência social, sujeita-se às regras constitucionais previstas no art. 40, § 1º, inciso II, por ser espécie de servidor público.

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados.

Irresignado, o ora recorrido aviou recurso ordinário constitucional junto ao Superior Tribunal de Justiça, logrando êxito naquela instância.

Na ocasião, a Segunda Turma do STJ entendeu que os preceitos do art. 40 da Carta Política não se aplicam aos servidores em geral, mas apenas aos titulares de cargo efetivo, o que ficaria evidenciado pela redação do parágrafo 13 desse mesmo artigo. Com arrimo no fundamento, concluiu que, na hipótese, por dever-se a demissão única e exclusivamente ao fato de o impetrante possuir mais de 70 (setenta) anos de idade – o que constituiria motivação inidônea - far-se-ia imperiosa a anulação do ato impugnado, por força da teoria dos motivos determinantes.

Contra essa decisão, o Estado de Rondônia opôs embargos declaratórios, os quais, todavia, não foram providos.

Verificou-se, na sequência, a interposição do presente recurso extraordinário, o qual, admitido pela instância **a quo**, veio ao exame deste Supremo Tribunal Federal.

Passo ao voto.

O inconformismo expresso não prospera.

De início, destaco que as interpretações literal e lógica dos textos constitucionais mencionados, também por estes se afigurarem intuitivos, mostram-se capazes de conduzirem à adequada resposta para a pretensão articulada. Vejamos o que diz a cabeça do art. 40 da Constituição da República:

“Art. 40. Aos servidores efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e

fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003).”

Note-se a menção **expressa** aos **servidores efetivos**. Daí para a frente, descortina-se uma série de parágrafos, incisos e alíneas, sempre fazendo-se remissão ao **caput**. É o que se verifica, inclusive, no tangente ao parágrafo 1º, inciso II do dispositivo, o qual dispõe sobre a aposentadoria compulsória, onde se lê o seguinte:

“§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 41, 19.12.2003)

II – compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma da lei complementar; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 88, de 2015).”

Neste ponto, relembro, por oportuno, a modificação ocorrida no marco etário para a inativação compulsória que se operou no ano de 2015 – quando da interposição do apelo extremo, ainda vigia a redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 20/98 (a qual dispunha que a aposentação dar-se-ia “compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição”).

Prosseguindo na leitura do artigo, eis que o intérprete se depara, então, com o conteúdo do § 13 do art. 40:

“§ 13 – Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público,

aplica-se o regime geral de previdência social.” (incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98).

Antes, porém, de partir para a análise combinada das normas, julgo recomendável resgatar alguns conceitos e tecer algumas considerações.

Não se ignora que o ocupante de cargo em comissão é também um servidor público (cf. Maria Silvia Zanella Di Pietro. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 583). Dentre esses, temos a classe dos servidores estatutários, sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargos públicos.

Por sua vez, dentro da classe dos servidores públicos estatutários encontra-se, ainda, uma outra subdivisão, a qual efetivamente interessa no momento. Trata-se das espécies “servidor público efetivo” e “servidor público comissionado”.

Os cargos de provimento efetivo são aqueles

“destinados ao provimento em caráter definitivo. A permanência é que identifica a forma de ocupação. ‘É o cargo ocupado por alguém sem transitoriedade ou adequado a uma ocupação permanente’, no preciso dizer de Diogénes Gasparini. *Eles devem ser exercidos, obrigatoriamente, por funcionários concursados e de forma permanente, ressalvada a titularidade provisória do funcionário ainda em período probatório.*” (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Servidores Públicos**. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 48)

Os cargos de provimento em comissão, por sua vez, consubstanciam aqueles

“destinados a livre provimento e exoneração. O sentido literal de ‘comissão’ pode ser expresso como um encargo ou incumbência temporária oferecida pelo comitente. Nesse mesmo sentido, o cargo em comissão pode ser cargo isolado ou permanente, criado por lei, de ocupação transitória e livremente preenchido pelo Chefe do Executivo, segundo seu exclusivo

critério de confiança. Transitória, portanto, é a permanência do servidor escolhido, não o cargo, que é criado por lei.” (*Idem*. p. 38).

Extrai-se, portanto, que, em que pese sejam efetivos e comissionados esses servidores públicos, não integram eles a mesma espécie. Muito pelo contrário: há diferenças significativas entre um grupamento e outro, daí por que não procede a afirmação de que as disposições relativas à previdência inculpidas no art. 40 da Lei Maior também se aplicariam aos ocupantes de cargos em comissão em virtude de esses últimos se classificarem como servidores públicos.

Tivesse o dispositivo em questão o intuito de referir-se aos servidores genericamente considerados, não traria a letra da norma a delimitação expressa que nela se vislumbra.

Note-se: não se lê no texto do art. 40, **caput** a expressão “aos **servidores** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário...”, mas sim aos **servidores titulares de cargos efetivos** “da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário (...)”. O legislador, contudo, ao redigir o dispositivo, claramente pretendeu alcançar apenas uma dessas espécies.

O recorte é nítido, cristalino: o regramento previdenciário do art. 40 da Constituição Federal aplica-se, via de regra, aos servidores efetivos, os quais, embora tão servidores públicos quanto os comissionados, com eles não se confundem.

Houvesse lacuna quanto ao tratamento previdenciário a ser destinado aos primeiros, seria de se cogitar a extensão a eles do regramento destinado aos segundos. Não é esse, contudo, o caso, conforme se demonstrará mais adiante: a Carta Política cuidou, ainda que de forma lacônica, da passagem para a inatividade dos servidores comissionados, fixando, para eles, disciplina distinta.

Veja-se que a cabeça do art. 40 da Constituição Federal refere-se

exclusivamente aos efetivos. Portanto, fica fácil concluir o sentido e o alcance de seu § 1º, inciso II – que é a disposição especificamente impugnada neste recurso.

Relembro a previsão ali colocada: **os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma da lei complementar.** Mesmo conforme a redação anterior, conferida pela EC 20/98, não haveria alteração de sentido, visto que, então, se apregoava que a aposentação dar-se-ia, compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

Isso posto, o que exsurge da apreciação combinada de uma disposição e outra é que a regra da aposentadoria compulsória aplica-se a um universo limitado de pessoas: o dos servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata o art. 40. E de quem trata tal regramento? Ora, unicamente daqueles no exercício de cargo efetivo, consoante já apontado. Atente-se para o fato de que, embora o art. 40, § 1º, inciso II, da CF trate apenas dos “servidores”, a norma faz clara remissão ao **caput**, no qual, como exaustivamente ressaltado, é hialina a limitação aos servidores efetivos.

Persistisse, ainda, alguma dúvida quanto a isso, ela restaria dirimida pela redação impressa ao parágrafo 13 do art. 40, incluído no ordenamento pela EC 20/98, o qual, evidenciando o tratamento dissonante a ser conferido aos ocupantes de cargo em comissão, dispôs que “ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração [...] aplica-se o regime geral de previdência social”.

Esse enunciado normativo acaba com qualquer controvérsia que possa haver acerca do tema. Afinal, por que razão o legislador, numa norma constitucional inteiramente voltada a disciplinar a aposentadoria do regime estatutário, estabeleceria uma série de regras para os servidores efetivos e, na sequência, incluiria um dispositivo com expressa

menção aos servidores comissionados, dizendo que a eles aplicar-se-á regime distinto? Porque o tratamento, obviamente, não é o mesmo, e se não o é, é evidente que a inativação compulsória somente aplicar-se-á àqueles a quem o art. 40, § 1º, inciso II remete: os indivíduos empossados em cargo de provimento efetivo.

A previsão do art. 40, § 13 da Lei Maior proporciona, ainda, um outro fundamento em favor da tese da inexistência de obrigatoriedade da aposentadoria compulsória para ocupantes exclusivamente de cargo em comissão.

Consoante fundamentação anterior, a Constituição dispõe que a eles se aplica o regime geral de previdência social. Disso decorre que sua passagem para a inatividade observará o art. 201 da Constituição da República e a Lei nº 8.213/90, que arrolam, como espécies de aposentadoria, a aposentadoria por invalidez, a aposentadoria por idade, a aposentadoria por tempo de serviço e a aposentadoria especial.

Inexiste, para os indivíduos vinculados ao Regime Geral de Previdência Social, qualquer previsão de compulsoriedade de aposentação, a qual será sempre facultativa. Esse dado, conjugado à constatação esboçada nos parágrafos anteriores, não conduz a outra conclusão se não a da não incidência do art. 40, § 1º, inciso II, da Lei Fundamental no que se refere aos ocupantes exclusivamente de cargo comissionado.

Também não se há de ignorar o decidido por esta Suprema Corte no relevante precedente da ADI nº 2.602/MG. Em que pese tenha sido analisado ali o regime jurídico aplicável a notários e registradores, as ponderações tecidas naquela ocasião certamente podem ser transplantadas para o presente caso. Naquela oportunidade, assentou o Colegiado o seguinte:

“O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO

(...)

17. Certo é, contudo, que a jurisprudência deste STF tem os serviços notariais e de registro como espécie de serviço público. Atividade estatal, sim, porém da modalidade serviço

público. Em desabono, portanto, da qualificação aqui empreendida. Nada obstante, quer sob a categorização de atividade estatal não-constitutiva de serviço público (este o nosso pessoal entendimento), que debaixo dessa outra categorização cognoscitiva (segundo os precedentes deste STF), é do meu pensar que **não se sujeitam à aposentadoria compulsória os titulares dos serviços notariais e de registro, dado que esses particulares exercentes de atividade estatal não titularizam cargo público efetivo. Também não ocupam emprego público, até porque são eles empregadores celetistas de quantos se vinculem à serventia por um trabalho contínuo ou não-eventual, sob dependência econômica e subordinação hierárquica.**

(...)

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator):

(...)

A questão central, a meu ver, é saber se essa categoria pode eternizar-se; se uma função manifestamente pública pode ser exercida de maneira vitalícia, sem previsão constitucional. Vitaliciedade não se presume; requer previsão constitucional.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (Presidente):
Mas não são titulares de cargo efetivo, não é?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator): Todavia, exercem uma função pública, que não pode ser exercida.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (Presidente):
Só gostaria de fazer uma observação: o Tribunal, ao examinar a questão, não examinou se era serviço público ou não; examinou a partir da Emenda Constitucional n.º 41: somente os servidores titulares de cargos efetivos estão sujeitos à aposentadoria compulsórias aos 70 anos. É o que está no art. 40 da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional n.º

41. Esse é o ponto.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator): Com esse entendimento que se vai cristalizando, vamos decidir que uma determinada categoria incumbida da prestação de um tipo de serviço público poderá prestá-lo eternamente, já que ela se submete apenas à aposentadoria facultativa, não é? Será o único caso de vitaliciedade nesta República.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (Presidente): Decisão da Constituição Federal.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator): Não, decisão do Supremo Tribunal Federal. A Constituição não diz isso.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (Presidente): É servidor público, cargo efetivo?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator): A Constituição estabelece que a função é exercida em regime privado, mas isso não significa que o titular pode exercê-la até a morte, ministro Nelson Jobim. É isso.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (Presidente): Não, é o art. 40. A Constituição define desse jeito; não há nada a fazer.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator): Temos de extrair conclusões dos dispositivos constitucionais. O que estou dizendo é que nenhuma função pública pode ser exercida eternamente, e é a isso que vamos chegar com esta decisão.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (Presidente):

Foi a isso que chegou a Constituição.

(...)

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (Presidente):

Ministro Carlos Britto, essa discussão já foi estabelecida quando da vigência do texto originário da Constituição. Vencidos ficaram o Ministro Marco Aurélio, o Ministro Sepúlveda Pertence e o Ministro Francisco Rezek, no sentido de que não se lhes aplicava a aposentadoria compulsória. Por quê? Porque a Constituição, no art. 40, da redação anterior, determinava o seguinte: *'O servidor será aposentado'*. A maioria do Tribunal entendeu que a expressão *'servidor'* abrangia também os notários, vencidos os Ministro Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Francisco Rezek.

Depois da Emenda n.º 20, foi alterado.

(...)

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (Presidente):

O art. 40 foi alterado. Estabeleceu-se que os servidores titulares de cargo efetivo, etc, serão aposentados aos setenta anos.

Então, na linha anterior, já se discutia no Tribunal, por maioria, que a palavra *'servidor'* abrangia os notários. Depois veio esta restrição da Constituição dizendo que só estariam sujeitos os servidores que fosse titulares de cargo efetivo.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA

(Relator): Mas isso é um jogo de palavras, ministro Nelson Jobim. O que estamos discutindo é se uma função pública pode ser exercida de maneira ilimitada. Esse é o cerne da questão; não é saber se eles são servidores ou não.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (Presidente):

É o texto da Constituição. Vossa Excelência terá que entrar no Congresso Nacional para tentar alterar isso.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sr. Presidente, também peço vênia ao Ministro-Relator para acompanhar a divergência e julgar procedente a ação.

A Constituição vincula a aposentadoria, a inatividade compulsória aos setenta anos, aos servidores titulares de cargos efetivos. Os notários e registradores não são senão delegatários de função pública ou de atividade pública, que a Constituição declara exercida em caráter estritamente privado.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) – E eterno?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – O fato de não haver limitação sob o critério de idade para a cessação do exercício dessa função pública é mera consequência do regime jurídico diferenciado, ou seja, decorre de juízo de conveniência, de opção político-legislativa do Constituinte, que resolveu não estabelecer tal limitação, embora pudesse fazê-lo. Aliás, o voto do Ministro Marco Aurélio, num dos RE's, faz referência a uma Emenda do Senador Eduardo Suplicy, que tentou estabelecer limitação, mas a Emenda foi rejeitada. Isso prova que, perante o texto da Constituição e, por via de consequência, dessa diversidade de regimes jurídicos e da ausência de norma limitativa de igual conteúdo do art. 40, § 1º, II, os notários e registradores não estão sujeitos a limitação de idade.

VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie: Sr. Presidente, também entendo que as dúvidas que pudessem persistir com relação a essa matéria, com base no texto original da Constituição, foram espancadas pela Emenda Constitucional nº 20, que, ao alterar o art. 40 e seus parágrafos da Constituição, limitou a aposentadoria segundo o regime previdenciário, dos servidores

públicos aos titulares de cargos públicos efetivos. Esse é o entendimento já manifestado nessa Casa, inclusive por mim. Refiro expressamente a Petição nº 2.890.

Por isso, peço vênha ao eminente Ministro-Relator para acompanhar a divergência inaugurada pelo Ministro Eros Grau.

(...)

VOTO

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** - Sr. Presidente, a Constituição, no art. 40, alterado pela Emenda Constitucional 20, assegura a aposentadoria compulsória *aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações*

Anteriormente, a Constituição falava, simplesmente, em servidor: ao servidor é assegurado. Não tenho dúvida de que os notários se incluem na ampla classe dos agentes públicos. Por isso, são servidores públicos, na sua acepção mais larga.

O Sr. Ministro **CARLOS BRITTO** – **Lato sensu**, como dizem os administrativistas.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** – Correto. Acontece que a Emenda Constitucional 20 alterou esse sistema, justamente para beneficiar a classe dos notários. Aliás, nem toda a classe, porque os notários das pequenas comarcas percebem uma remuneração escassa, muito pequena.

O Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO** – Têm-se os extremos.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** - Exatamente. Nas grandes cidades, nas capitais, a remuneração é altíssima. Já se falou até em mais de um milhão em São Paulo. Então, é fácil presumir porque esse tratamento privilegiado que a Emenda

Constitucional 20 veio conceder a esse tipo de servidor público.

O Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO** – E no tocante ao serviço obrigatório para o cidadão, ele tem de lançar mão.

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** – Como mencionou o Ministro Nelson Jobim, o Congresso quis. Não vejo como possa o Supremo Tribunal, diante dos termos peremptórios da Constituição, com a EC 20, decidir de outra forma. Talvez, buscando inspiração nos princípios inscritos no art. 37 da Constituição, fosse possível construir a respeito do tema. A construção jurisprudencial, no ponto, seria salutar. Por ora, entretanto, meu voto acompanha o voto do Ministro Eros Grau.

Sr. Presidente, concluindo, com a vênia do Ministro Joaquim Barbosa, que trouxe bons argumentos, por isso que uma função pública não pode e não deve ser exercida sem limitação temporal, porém **legem habemus**, acompanho o voto do Sr. Ministro Eros Grau.”

A classe dos notários e registradores, é verdade, guarda enorme diferença com relação à dos servidores comissionados. Enquanto os primeiros são particulares em cooperação com o Estado e exercem função pública, os segundos são servidores estatutários e ocupam cargo público. Essas discrepâncias não tornam o julgado em questão, todavia, menos aplicável à presente hipótese.

Isso porque, conforme já naquela oportunidade havia sido destacado por este mesmo Colegiado, o que importa para a discussão acerca da aposentadoria compulsória é a condição de exercente ou não de cargo efetivo. Essa é, portanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a qual assentou que o problema aqui posto se resolve se atentando não para a natureza dos serviços prestados ou pela inserção no genérico grupo dos servidores públicos – até porque mesmo os titulares de ofícios de notas e registros poderiam ser alocados, de certa forma, nesse último -, mas pela natureza da forma de provimento no cargo, com foco na

delimitação do art. 40, parágrafo 1º, inciso II.

Nesse ponto, releva notar que a tese da não submissão dos indivíduos ocupantes de cargo exclusivamente em comissão à aposentadoria compulsória não é exatamente nova no direito brasileiro, tendo existido, mesmo durante a vigência da redação originária do art. 40 da Lei Fundamental de 1988, fundada controvérsia quanto a sua aplicabilidade ou não aos trabalhadores em questão.

A demonstrar que o entendimento ora exposto não é desconhecido, **vide**, por exemplo, o seguinte julgado, exarado por esta Corte sob a égide da Constituição de 1946:

“A ação popular não se pode exercer através do mandado de segurança, pois o impetrante há de invocar um direito que lhe caiba. Mandado de segurança para afastar do cargo o diretor do Loid Brasileiro, sob a alegação de que ultrapassou a idade de aposentadoria compulsória. Inexistência da pretendida ilegalidade, uma vez que, em nosso direito, a aposentadoria compulsória não diz respeito aos cargos em comissão, os quais admite a lei expressamente, possam ser exercidos por funcionários aposentados” (MS nº 1.587/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Luiz Gallotti**, DJ de 5/6/1952).

A Carta de 1988, em seu texto original, conferiu ao art. 40 a seguinte dicção:

“Art. 40. O servidor será aposentado:

II – compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

(...)

§2º A lei disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários.”

Como se vê, aquela redação, diferente da atual, tratava dos “servidores”, de forma genérica, de modo que, estivesse a regra ainda em

vigor, a pretensão do Estado recorrente seria acolhível – essa é, inclusive, minha reiterada posição pessoal nos casos que remetem à antiga letra do art. 40.

Não se pode ignorar, contudo, consoante bem lembrou o acórdão recorrido, que o parágrafo 2º, ao remeter a disciplina da aposentadoria dos cargos temporários à legislação infraconstitucional, abria espaço para que respeitáveis correntes doutrinárias e jurisprudenciais defendessem tratar-se de limitação, já àquela época, afeitas apenas aos titulares de cargos de provimento efetivo. A lacuna gerava, então, significativa controvérsia.

Dirimindo o desacordo, veio a lume a EC nº 20/98, a qual restringiu expressamente o alcance do art. 40 ao alterar a expressão “servidores” para “servidores titulares de cargos efetivos”. Desse modo, conforme vem reconhecendo esta Suprema Corte, a partir de tal emenda, é indene de dúvidas que o servidor obrigado a aposentar-se ao tornar-se septuagenário é apenas e tão somente aquele titular de cargo de provimento efetivo. Essa, também, é a compreensão de Ivan Barbosa Rigolin:

“O fato é que a Carta de 1988 repetiu a regra da de 1969, e o efetivo aos setenta anos de idade não mais poderá permanecer no serviço público ativo. Vale isso apenas para o servidor *efetivo*, entretanto, pois que após a EC 20 o servidor que não seja efetivo não mais compartilha das mesmas regras constitucionais, como já deve ter ficado absolutamente claro. Assim, o celetista, ou o estatutário ocupante de cargo em comissão, não mais estará expulso do serviço público aos setenta anos, como estava até o advento da EC 20 – basta ler-se o *caput* do art. 40 constitucional, e a seguir os parágrafos e, de cada qual, os incisos e as alíneas respectivas” (A reforma previdenciária VIII: o art. 40 da Constituição, **caput** e § 1º. **L & C: revista de direito e administração pública**, v. 5, n. 54, dez. 2002, p. 16)

Registre-se que essa visão vem sendo corroborada por este Tribunal

RE 786540 / DF

em julgados como o ARE nº 669.829/SP-AgR, Relatora a Ministra **Rosa Weber**, o AI nº 494.237/SP-AgR, de relatoria do Ministro **Joaquim Barbosa**, o RE nº 478.392/MG-AgR, Relator o Ministro **Cezar Peluso**, o RE nº 417.362/PE-AgR, Relator o Ministro **Gilmar Mendes** e o RE nº 556.504/SP-ED, de **minha relatoria**.

De fato, se o ocupante de cargo exclusivamente comissionado não está sujeito à expulsória e se inexistente, no regramento sobre ele incidente, qualquer limitação etária, é de se inferir que esse se encontra livre de restrições desse caráter. Quando se trata de restrição de direitos, lembre-se, a interpretação jamais há de ser ampliativa.

Anoto que o recorrente pretendeu a aplicação à hipótese da Súmula nº 36 do STF. Ocorre que o conteúdo de seu verbete, com a devida vênia, não ostenta qualquer ligação com a hipótese destes autos. Esta é sua dicção: “Servidor vitalício está sujeito a aposentadoria compulsória, em razão da idade.” Ora, o servidor exclusivamente comissionado não é servidor vitalício. O fato de ser demissível ou exonerável **ad nutum** afasta-o completamente de tal categoria. Esse entendimento somente seria cabível se se conferisse à Súmula nº 36 interpretação extensiva, o que foi cabalmente rejeitado nos parágrafos anteriores, pelos motivos expostos.

As próprias premissas da expulsória – a presunção absoluta de incapacidade aos 75 anos e a renovação dos quadros de servidores da Administração – parecem-me formas veladas e abjetas de preconceito e discriminação, uma vez que trazem ínsita a ideia de que o idoso é alguém incapaz, indesejado, improdutivo, um óbice ao bom desempenho do serviço público, o que absolutamente não é verdade. Aparentemente, o legislador vem se dando conta disso e promovendo alterações no sentido de minorar os efeitos da aplicação dessa visão, como bem demonstra, por exemplo, a recente EC nº 88/2015, que elevou para 75 anos de vida a idade para a inativação obrigatória dos servidores públicos efetivos. A comprovar o que afirmo, a justificativa da Proposta de Emenda à Constituição nº 42 de 2003, a qual originou a emenda em comento:

“A expectativa de vida do brasileiro vem aumentando bastante, alterado significativamente o perfil populacional. Esse

fato ganha consistência com a ampliação da urbanização e a formação de uma classe média que, tendo melhores condições educacionais, beneficiou-se do desenvolvimento econômico registrado no País nas últimas décadas.

A Constituição Federal, ainda não assimilou totalmente tais mudanças demográficas, pois proíbe que alguém com mais de setenta anos possa ser servidor público ou mesmo nomeado para cargos de magistrado e outros de semelhante relevância.

Esta proposta busca assim fazer essa atualização, haja vista a freqüência com que nos chegamos notícias de casos de pessoas, com alto preparo intelectual e largo tirocínio profissional, afastadas compulsoriamente de suas atividades.

As três últimas Constituições brasileiras fixaram em setenta anos esse afastamento compulsório, ampliando, assim, em dois anos, a situação das Cartas imediatamente anteriores, as de 1934 e 1937.

Todavia, nos negócios privados e na atividade político-partidária o mesmo não ocorre. Empresários, intelectuais, juristas e políticos estão em pleno exercício de suas funções profissionais além dos setenta anos de idade, sem que isso se constitua qualquer problema para seus empreendimentos, representando, pelo contrário, credibilidade e segurança para a sociedade.

No entanto, onde a sociedade mais teria a ganhar se alargássemos o limite de idade de objeto desta proposta seria na Magistratura, pois nada mais apropriado à atividade jurisdicional que esta seja exercida por julgadores calejados e experimentados, pois sabemos que a letra inerte da lei nem sempre é suficiente para estabelecer uma decisão ou sentença justas.

Devemos acrescentar que a nossa proposta não atinge aqueles que podem requerer sua aposentadoria com base em seu tempo de serviço. Constitui-se apenas numa faculdade para aqueles que querem permanecer no serviço público por satisfação pessoal, da mesma forma que, atualmente, outros cidadãos com idade superior a setenta anos podem se submeter

a árduas campanhas eleitorais para ocupar concorridos cargos eletivos.

Para nós é estranhável que renomados juristas com mais de setenta anos, que foram exemplares e eficientes servidores públicos, ou até mesmo ex-Ministros do Supremo Tribunal Federal, possam ser contratados para elaborar caríssimos pareceres jurídicos para a Administração Pública e sejam proibidos para atuar como integrante das instituições públicas.

Desta forma, esperamos contar com o apoio dos ilustres pares para a aprovação desta emenda constitucional, pois sua apresentação a esta Casa deve-se ao interesse que o tema desperta nos segmentos mais conspícuos da sociedade brasileira.”

De fato, não parece razoável que os trabalhadores da iniciativa privada e os agentes políticos sejam livres para trabalhar até quando quiserem e os servidores públicos fiquem limitados, agora com o novo regramento constitucional, aos setenta e cinco anos de idade. A diferença de tratamento, quando comparados aos agentes políticos, chama ainda mais a atenção, visto que tanto uns como outros integram os quadros da Administração Pública: a mesma legislação que não vê problema algum em que alguém exerça cargo eletivo por anos e anos, com oitenta, noventa anos de idade, veda que um servidor continue a laborar após os setenta e cinco anos. Incoerência, no mínimo.

Ainda que se suscite o argumento da renovação dos quadros de pessoal, é de se salientar que a lógica que rege as nomeações para cargos comissionados é distinta daquela que rege as nomeações para os efetivos.

Os últimos ingressam no serviço público mediante concurso. Há, ademais, o adicional de, como salienta o Procurador-Geral da República, possuírem estabilidade e tenderem a manter com o Estado um longo e sólido vínculo, o que torna admissível a expulsória como forma de oxigenação e renovação.

Os primeiros, por sua vez, adentram a estrutura estatal para o desempenho de cargos de chefia, direção ou assessoramento, pressupondo-se, como substrato de sua designação, a existência de uma

relação de confiança pessoal e de uma especialidade incomum. O comissionado adentra o serviço público, dentre outros motivos, para agregar a esse último uma habilidade não facilmente encontrada, uma formação técnica especializada – exerce, ao menos na teoria, atribuições diferenciadas, tanto do ponto de vista da rotina e das responsabilidades no local de trabalho como da própria atividade intelectual.

Ora, se o fundamento da nomeação é esse, não há razão para submeter o indivíduo à compulsória quando, além de persistirem a relação de confiança e a especialização técnica e intelectual, o servidor é exonerável a qualquer momento, independentemente, inclusive, de motivação.

Por derradeiro, não se pode desprezar o que apregoa a Constituição Federal em seus **arts. 3º, inciso IV, e 7º, inciso XXX**. Neste, ao dispor sobre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, **veda-se que se proceda a diferenciação de salários, de exercício de funções ou de critério de admissão por motivo, dentre outros, de idade**; naquele, arrola-se, como **objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos, sem preconceito de idade, dentre outras formas de discriminação**.

Parece-me, sem dúvida, após todo o exposto até aqui, que a imposição da inativação obrigatória aos ocupantes de cargo exclusivamente em comissão, sem que a própria Constituição Federal o tenha feito de forma inquestionável, vulnera flagrantemente os mencionados dispositivos.

Minha conclusão vai, então, no sentido de que a regra da aposentadoria compulsória insculpida no art. 40, § 1º, inciso II, da Lei Fundamental aplica-se unicamente aos servidores efetivos. Os servidores nomeados para o desempenho exclusivamente de cargo de provimento em comissão encontram-se livres da passagem involuntária para a inatividade aos setenta e cinco anos de idade – limite válido já para todos aqueles que alcançados pelo referido artigo, uma vez que a Lei Complementar nº 152/2015 veio a regulamentar a Emenda Constitucional nº 88/2015.

É evidente que essa lógica não se aplica às **funções de confiança**, que são aquelas exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo e a quem são conferidas determinadas atribuições, obrigações e responsabilidades. Nesse caso, a livre nomeação e exoneração se refere tão-somente à função e não relativamente ao cargo efetivo.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, se não há idade limite para a inativação e se a legislação de regência não cuidou do tema, também **não há idade limite para o ingresso em cargo comissionado**. Os motivos que justificam a não incidência da norma do art. 40, § 1º, inciso II, da Carta Política amparam também a impossibilidade de se proibir que o maior de 75 anos seja nomeado para o exercício de cargo de confiança na Administração Pública. Enquanto não houver alteração constitucional ou edição de lei estabelecendo uma idade máxima - justificada sempre pela natureza das atribuições do cargo, nos termos da jurisprudência deste Tribunal -, não há que se falar em observância do marco de 75 anos de idade ou de qualquer outro para fins de escolha e designação para a espécie de função em comento.

Cumpre salientar, por último - porque a discussão desse ponto também importa, e muito, à Administração Pública - na possibilidade de o servidor efetivo aposentado compulsoriamente ser nomeado para cargo comissionado, não vislumbro, nessa designação, qualquer problema.

Pois bem, o que se deve ter em vista aqui é que o servidor efetivo aposentado compulsoriamente, embora mantenha esse vínculo com a Administração mesmo após sua passagem para a inatividade, ao tomar posse em função de provimento em comissão, inaugura, com essa última, uma segunda e nova relação, agora relativa ao cargo comissionado.

Não se trata da criação de um segundo vínculo efetivo, o que é terminantemente vedado pelo texto constitucional, salvo nas exceções por ele próprio declinadas, mas da coexistência de um vínculo funcional efetivo e de um cargo em comissão sem vínculo efetivo, para o que não se vislumbra vedação, inclusive sob o ponto de vista previdenciário. Não se trata, também, por óbvio, de forma irregular de

continuidade do vínculo efetivo, visto que, consoante dito no início do voto, comissionados e efetivos são espécies díspares do gênero servidor público.

Como **obter dictum**, acentuo que nestes autos não foram discutidas em momento algum a questão relativamente à aplicação do teto de remuneração a esses agentes comissionados e, tampouco, sobre outros requisitos exigidos para a nomeação nesses cargos, inclusive no que tange à exigibilidade ou não de que o cargo em comissão deva ser ou não ser destinado exclusivamente aos membros integrantes da respectiva carreira.

Feitas todas essas considerações, encontro-me convencido da improcedência da irresignação do recorrente, sendo de rigor, porque indefectível, a manutenção do acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça. De fato, por tratar-se de posto de livre nomeação e exoneração, não se encontrava o Tribunal de Contas do Estado de Rondônia compelido a motivar a exoneração. Contudo, por força da teoria dos motivos determinantes, tendo-o feito, a validade do ato administrativo fica vinculada à regularidade do fundamento aventado. Reconhecida a inconstitucionalidade desse último, uma vez que, como se assentou, a aposentação compulsória não se aplica ao servidor ocupante de cargo exclusivamente comissionado, é flagrantemente nulo o ato que demitiu o recorrido dos quadros do TCE-RO, fazendo esse último jus à reintegração na função e a todas as demais consequências legais. Obviamente, uma vez que tenha retornado às atividades, não fica o órgão impedido de exonerá-lo por qualquer outra razão, desde que legal.

Proponho a fixação da seguinte tese de repercussão geral, subdividida em dois pontos:

1) Os servidores ocupantes de cargo exclusivamente em comissão não se submetem à regra da aposentadoria compulsória prevista no art. 40, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, a qual atinge apenas os ocupantes de cargo de provimento efetivo, inexistindo, também, qualquer idade limite para fins de nomeação a cargo em comissão.

2) Ressalvados impedimentos de ordem infraconstitucional,

RE 786540 / DF

inexiste óbice constitucional a que o servidor efetivo aposentado compulsoriamente permaneça no cargo comissionado que já desempenhava ou a que seja nomeado em outro cargo de livre nomeação e exoneração, uma vez que não se trata de continuidade ou criação de vínculo efetivo com a Administração.

Portanto, nego provimento ao extraordinário.

Em revisão