

A delimitação do termo "efetivo exercício no serviço público" para efeito de aposentadoria voluntária do servidor titular de cargo efetivo

Villy Lopes Leal Monteiro de Almeida¹

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar o inciso III, do §1º, do art. 40, da Constituição Federal, em face das diversas interpretações acerca do alcance do termo efetivo exercício no serviço público, qual seja, se deve abarcar apenas o exercício do servidor titular de cargo efetivo, ou se abrange também o exercício do servidor em cargo comissionado.

Para isto, insta realizar a definição do termo serviço público, que na visão de Hely Lopes Meirelles (2003, p.319) pode ser compreendido como "todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado".

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p.90), distinguindo o serviço público propriamente dito das outras atividades administrativas de natureza pública, noutras palavras, polícia, fomento e intervenção, define como "toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público".

O art. 40 da CF é muito claro ao delimitar a sua abrangência aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, senão vejamos:

Art. 40. 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, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Salvador - UNIFACS

equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº41, 19.12.2003)

§ 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 nº41, 19.12.2003)[...]

III - **voluntariamente**, desde que cumprido tempo mínimo de **dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo** em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº20, de 15/12/98)

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº20, de 15/12/98)

Esse artigo delimita que ao servidor será "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".

Nota-se que a qualificação necessária até o momento é de que o beneficiário seja um **servidor** titular de **cargo efetivo**.

Urge a necessidade de se conceituar o que vem a ser um **servidor** titular de **cargo efetivo**, que nos ditames da Lei 8.112/90 (dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais), define:

Art. 2º - Para os efeitos desta Lei, **servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público**. (Grifos nossos)

Art. 3º - **Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional** que devem ser cometidas a um servidor. (Grifos nossos)

Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para **provimento em caráter efetivo ou em comissão**. (Grifos nossos)

É evidente que um **cargo público** poderá ser exercido em caráter efetivo ou em comissão. Ao tratar da nomeação, a legislação diferencia:

Art. 9º - A nomeação far-se-á:

I - em caráter efetivo, quando se tratar de cargo isolado de provimento efetivo ou de carreira;

II- em comissão, inclusive na condição de interino, para cargos de confiança vagos. (Redação dada pela Lei nº9.527, de 10.12.97)

E condiciona para a primeira hipótese, o disposto no art. 10, da Lei 8.112/90, *in verbis*:

Art. 10 - A nomeação para **cargo de carreira** ou **cargo isolado de provimento efetivo** depende de **prévia habilitação em concurso público de provas ou de provas e títulos**, obedecidos a ordem de classificação e o prazo de sua validade (Grifos nossos).

Logo, chega-se a conclusão de que, para se tornar um servidor em caráter efetivo, é necessária a prévia habilitação em concurso público de provas ou de provas e títulos. No entanto, para exercer um cargo público em comissão, previsto pelo art. 9º, II, supra, basta preencher os requisitos estabelecidos no art. 5º, cuja transcrição torna-se necessária:

Art. 5º - São requisitos básicos para investidura em cargo público:
I- a nacionalidade brasileira;
II- o gozo dos direitos políticos;
III- a quitação com as obrigações militares e eleitorais;
IV - o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo;
V - a idade mínima de dezoito anos;
VI - aptidão física e mental.

É evidente que, apesar de não ter sido previamente habilitado em concurso público, o servidor que ocupa um cargo em comissão desempenha um **efetivo exercício no serviço público**.

O conceito de exercício é delimitado adiante, no art. 15, desse mesmo texto normativo, que dispõe expressamente:

Art. 15 - Exercício é o efetivo desempenho das atribuições do cargo público ou da função de confiança. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

Notável é o critério utilizado pelo legislador, que se preocupou em delimitar que o exercício, ou seja, o efetivo desempenho das atribuições (ou exercício efetivo) é um critério utilizado não só para aqueles que estão investidos em um cargo público, mas também para aqueles que exercem uma função de confiança, conforme restou evidenciado com a leitura *in fine* do supracitado art. 15, da lei 8.112/90.

Ao tratar da estabilidade, o art. 21, da lei 8.112/90, assim dispôs:

Art. 21 - **O servidor habilitado em concurso público e empossado em cargo de provimento efetivo** adquirirá estabilidade no serviço público ao completar 2 (dois) anos de **efetivo exercício** (prazo 3 anos - vide EMC nº 19) (Grifos nossos).

O mencionado artigo tratou da estabilidade do servidor público que está empossado em cargo de provimento efetivo, garantindo-lhe a estabilidade no serviço público ao completar 3 anos de **efetivo exercício** (modificação relativa ao prazo após a EC nº 19/98), e assim não o fez para o servidor em cargo de comissão.

Porém, o legislador assim não o fez, uma vez que nunca se pretendeu garantir a estabilidade no serviço público de um cargo comissionado, contudo isto não implica dizer que esse servidor não preste um efetivo exercício no serviço público, pois diferentemente lhe atribuiu o referido art. 15, da lei 8.112/90.

É necessário, neste primeiro instante, evidenciar que o efetivo exercício no serviço público não diz respeito apenas ao servidor habilitado em concurso público e empossado em cargo de provimento efetivo, mas também ao servidor que se encontra em um cargo em comissão.

A prerrogativa que é conferida ao servidor habilitado em concurso público e empossado em cargo de provimento efetivo, que não é conferida ao servidor que se encontra em um cargo em comissão, é a estabilidade do art. 21, da lei 8.112/90.

2 A DEFINIÇÃO DE EFETIVO EXERCÍCIO NO SERVIÇO PÚBLICO

Diante da definição dos termos supracitados, surge a seguinte questão que se torna imprescindível para a apreciação do tema: qual a diferença entre cargo efetivo e efetivo exercício no serviço público?

Verifica-se que estes são termos que não se confundem.

Conforme revelado pelo art. 9º, da Lei 8.112/90, **cargo efetivo** é aquele intituado de cargo isolado de provimento efetivo ou de carreira, que se dará uma vez preenchidos os requisitos acima expostos.

Efetivo exercício, diferentemente, diz respeito, não só ao desempenho eficaz das atribuições de um cargo efetivo, mas também ao desempenho eficaz das atribuições de um cargo comissionado.

Feitas estas definições e distinções, retorna-se à leitura do art. 40 da CF, que em seu parágrafo primeiro, ao tratar da aposentadoria dos servidores abrangidos pelo regime de previdência, estabelece que estes serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17, por invalidez, compulsoriamente e voluntariamente, cabendo nesse estudo a análise desta última hipótese.

O inciso III, do referido §1º, do art. 40, da CF, ao dispor que o servidor será aposentado "voluntariamente, **desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria[...]**", exige que os dois termos abordados acima (quais sejam efetivo exercício no serviço público e cargo efetivo) estejam bem definidos para a real compreensão do assunto, o que de fato já fora realizado neste estudo.

Iniciando a interpretação pela parte final do inciso, através da passagem "**cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria**", verifica-se que o aposentando se trata de um servidor efetivo (senão não estaria abarcado pelo art. 40, da CF), e que deve estar a pelo menos cinco anos neste mesmo cargo em que pleiteia a aposentadoria, noutros termos, deverá ter sido previamente habilitado em concurso público de provas ou de provas e títulos a pelo menos cinco anos, permanecendo neste mesmo cargo.

Mudando de cargo, deverá preencher cinco anos neste em que pleiteia a aposentadoria, observada as condições da alínea "a", do art. 40, §1º, III, CF, para a percepção dos proventos.

Nesta senda, urge verificar a outra condicional do inciso III, do referido art. 40, §1º, da CF, qual seja, **o cumprimento do tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público.**

Ora, restou-se clarividente que o efetivo exercício no serviço público, nos termos do art. 15, da Lei 8.112/90, **é o desempenho das atribuições do cargo público ou da função de confiança**, logo, diz respeito não só ao efetivo desempenho das atribuições de um cargo efetivo, mas também ao efetivo desempenho das atribuições de um cargo comissionado.

Esse entendimento também se verifica no art. 102, II, da Lei 8.112/90, onde reza que o exercício de cargo em comissão ou equivalente em órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, Municípios e Distrito Federal, também são considerados como de efetivo exercício, senão vejamos:

Art. 102. Além das ausências ao serviço previstas no art. 97, são considerados como de efetivo exercício os afastamentos em virtude de: [...] II- exercício de cargo em comissão ou equivalente, em órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, Municípios e Distrito Federal;

Logo, o que se verifica é que o art. 40, §1º, III, CF, ao condicionar a percepção dos proventos da aposentadoria **ao servidor que cumprisse o tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público**, abarcou não somente o efetivo exercício no cargo pelo qual habilitou-se mediante concurso público, mas também no cargo comissionado, limitando apenas os último **cinco anos no cargo efetivo** (leia-se cumpridos todos os requisitos para a investidura em cargo de provimento efetivo, que foram exaustivamente relatados) **além de ser no mesmo em que se dará a aposentadoria.**

Tal interpretação encontra guarida ainda no art. 19, da Lei 8.112/90, que dispõe:

Art. 19. Os **servidores** cumprirão jornada de trabalho fixada em razão das atribuições pertinentes aos respectivos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de quarenta horas e observados os limites mínimo e máximo de seis horas e oito horas diárias, respectivamente. (Redação dada pela Lei nº 8.270, de 17.12.91).
§ 1º **O ocupante de cargo em comissão ou função de confiança** submete-se a regime de integral dedicação ao serviço, observado o disposto no art. 120, podendo ser convocado sempre que houver interesse da Administração. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97).

Adotar o posicionamento de que o efetivo exercício no serviço público diz respeito apenas ao servidor público efetivo é ferir norma de direito fundamental, qual seja, o princípio da isonomia disposto no art. 5º da Magna Carta, pois em que pese o servidor em cargo comissionado estar exercendo serviço público em igualdade de condições, no que tange às garantias necessárias à sua aposentadoria, estas estão sendo violadas em decorrência de tratamentos desiguais conferidos pelos aplicadores da norma na Administração Pública.

3 CONCLUSÃO

Diante do exposto, para a percepção dos proventos, cumpridos os requisitos da alínea "a", do inciso III, do §1º, do art. 40, da CF, quais sejam "sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher", bastará que os servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, cumpram tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, devendo esse efetivo exercício no serviço público, conforme nitidamente vergastado, ser entendido nos termos do art. 15, da Lei 8.112/90, com redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97, qual seja o **efetivo desempenho das atribuições do cargo público** (que conforme o parágrafo único do art. 3º, da Lei 8.112/90 poderá ser criado para provimento em caráter efetivo ou em comissão) ou da **função de confiança** (que nos termos do art. 9º, II, também poderá ser para cargos em comissão).

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Vade Mecum**. Colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Emenda Constitucional nº 41 de 19 de dezembro de 2003**. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc41.htm>. Acesso em: 15 jan. 2011.

_____. **Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 11 nov. 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003.