



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 239393/2017 – ASJCIV/SAJ/PGR

Recurso Extraordinário com Agravo 1.058.928 São Paulo

Relator: Ministro **Gilmar Mendes**

Agravante: Maria de Souza Silva

Agravada: Município de Rosana

Recurso Extraordinário com Agravo. Estabilidade em emprego público. Indenização por danos morais. Ausência de prequestionamento. Súmulas 282 e 356 do STF. Descabimento. Aposentadoria compulsória. Extensão a servidor ocupante de emprego público regido pelo regime geral da previdência social. Impossibilidade. Constituição, art. 40, § 1º, II. ADI 2.602/MG. RE 786.540-RG/DF. Provimento.

1. É inadmissível recurso extraordinário quando o acórdão recorrido não enfrenta a questão constitucional debatida pela parte e esta não opõe embargos declaratórios. Súmulas 282 e 356 do STF. Precedentes.

2. No julgamento da ADI 2.602/MG, o STF assentou o entendimento de que a regra da aposentadoria compulsória somente se aplica a servidores públicos titulares de cargos efetivos em sentido estrito. No julgamento do RE 786.540-RG/DF, a Corte firmou tese de que os servidores ocupantes de cargos em comissão, porque sujeitos ao regime geral de previdência social, não se submetem à regra da aposentadoria compulsória (art. 40, § 13).

3. A regra constitucional da aposentadoria compulsória não alcança os servidores ocupantes de emprego público, eis que igualmente se submetem ao regime geral de previdência social, na forma do art. 40, § 13, da Constituição. Acórdão que firma entendimento em

sentido contrário viola o art. 40, § 1º, II, da Carta Magna.

4. Parecer pelo provimento do agravo e do recurso extraordinário.

1. INTRODUÇÃO

Trata de demanda ajuizada por Maria de Souza Silva, por meio da qual pleiteia, dentre outros pedidos, a reintegração no emprego, o pagamento dos salários vencidos e vincendos, reflexos das verbas em 13º salários, férias acrescidas do 1/3 constitucional, FGTS, anuênios, quinquênios, sexta parte, e demais verbas que porventura teria direito se o seu contrato estivesse em vigor, bem como indenização por danos morais em valor não inferior a 30 (trinta) salários mínimos vigentes, fl. 10/17.

Pedidos julgados parcialmente procedentes em primeiro grau de jurisdição, conforme sentença de fl. 98/104, condenando a municipalidade a reintegrar a recorrente, bem como a lhe pagar salários, anuênios, 13º salário, férias acrescidas de 1/3 e depósitos do FGTS; indenização por danos morais e honorários advocatícios na base de 15% sobre o valor da condenação.

O réu interpôs recurso ordinário, fl. 106/124, ao qual o Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 15ª Região deu provimento “*para afastar a reintegração da obreira, e as verbas*

dela decorrentes, a indenização do dano moral e a verba honorária, julgando improcedente a demanda”, fl. 152/154.

Para fins de prequestionamento, a autora opôs embargos declaratórios, fl. 159/162, os quais foram rejeitados, fl. 166/168.

O recurso de revista interposto na sequência foi inadmitido na origem, fl. 183/185, desafiando agravo de instrumento, fl. 192/195. O Tribunal Superior do Trabalho (TST), contudo, negou provimento ao apelo e manteve o acórdão regional, fl. 192/195, asseverando que “*é pacífico o entendimento desta Corte Superior quanto à aplicação ao servidor público celetista da aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade prevista no art. 40, §1º, II, da Constituição*”.

Aviados novos embargos de declaração, para fins de prequestionamento da matéria, fl. 212/213, também foram rejeitados, fl. 218/221.

O julgado desafiou recurso extraordinário, fls. 224/231, fundado em alegada violação aos arts. 40, § 1º, II, e 41, §1º, I, II e III da Constituição. A Vice-Presidência do TST, às fls. 255/257, negou seguimento ao apelo.

Adveio, então, o agravo de fls. 259/265 e os autos foram encaminhados ao Supremo Tribunal Federal (STF).

Nesse estágio abriu-se vista do feito à Procuradoria-Geral da República para emissão de parecer.

2. DISCUSSÃO

Versa o recurso extraordinário sobre estabilidade em emprego público, indenização por danos morais e inaplicabilidade da regra da aposentadoria compulsória a servidores celetistas abrangidos pelo Regime Geral da Previdência Social (INSS).

Quanto aos dois primeiros temas, o acórdão recorrido não enfrentou as matérias, e quanto a eles não foram opostos embargos declaratórios. Não estando as matérias prequestionadas, o apelo encontra obstáculo nas Súmulas 282¹ e 356 do STF,² consoante pacífico entendimento jurisprudencial exemplificado pela ementa a seguir transcrita:

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ICMS. ISENÇÃO PARCIAL. CONDIÇÕES LEGAIS PARA BENEFÍCIO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O MANEJO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015. 1. Cristalizada a jurisprudência desta Suprema Corte, a teor das Súmulas 282 e 356/STF: “Inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a

¹ É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

² O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

questão federal suscitada”, bem como “O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.” As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere à ausência de ofensa direta e literal a preceito da Constituição da República. Majoração em 10% (dez por cento) dos honorários anteriormente fixados, obedecidos os limites previstos no artigo 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC/2015, ressalvada eventual concessão do benefício da gratuidade da Justiça. Agravo regimental conhecido e não provido (sem destaques no original).³

Sobre a inaplicabilidade da regra constitucional da aposentadoria compulsória aos empregados públicos (servidores celetistas), no entanto, prosperam as alegações da recorrente.

A recorrente não se conforma com o acórdão proferido pelo TST. Constou do julgado, fls. 206/209:

Eis os fundamentos do acórdão regional, no tema:

2. Reintegração

Procede o inconformismo do recorrente.

Como bem pontuado pela D. Representante do Ministério Público, a Constituição Federal, em seu art. 40, §1º, II, estabelece idade limite de 70 anos para a permanência no serviço público, sem distinguir servidores estatutários ou celetistas, sendo esse o entendimento prevalente no C. TST.

No presente caso, a servidora se aposentou espontaneamente 30/12/2008, mantendo-se no labor por força de decisão judicial que determinou sua reintegração, com base no entendimento que a aposentadoria não extingue o contrato de trabalho, conforme se observa do v. acórdão de fls. 12/14.

Entretanto, em 05/07/2012, a reclamante atingiu a idade limite de 70 anos para a permanência no serviço público de modo que achando-se aposentada, embora

³ Supremo Tribunal Federal. ARE 990.562-AgR/SP, Rel. Min. Rosa Weber. DJe un. 268, 19 dez. 2016.

não compulsoriamente, não poderia manter-se nos quadros da Administração além daquele limite.

Desse modo, acolhe-se o recurso para afastar a reintegração da obreira, e as verbas dela decorrentes. (fls. 153/154)

No Recurso de Revista, a Reclamante sustentou a impossibilidade de aplicação da aposentadoria compulsória aos empregados públicos celetistas. Invocou os artigos 40, §1º, II, e 41, §1º, I, II e III, da Constituição da República e a Orientação Jurisprudencial nº 238 da SBDI-1 do TST. No Agravo de Instrumento, renova os fundamentos do apelo denegado.

A invocação da Orientação Jurisprudencial nº 238 da SBDI-1 do TST é impertinente, porquanto não trata da matéria sob análise.

É pacífico o entendimento desta Corte Superior quanto à aplicação ao servidor público celetista da aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade prevista no art. 40, §1º, II, da Constituição. Nesse sentido:

APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. ARTIGO 40, §1º, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APLICAÇÃO AOS SERVIDORES PÚBLICOS REGIDOS PELA CLT. AVISO PRÉVIO INDENIZADO E MULTA DE 40% DO FGTS INDEVIDOS. Na hipótese dos autos, o Tribunal Regional concluiu que era devido ao empregado a multa de 40% dos depósitos do FGTS, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 361 da SBDI-1 desta Corte, e o aviso prévio indenizado, em razão da sua aposentadoria compulsória. Entretanto, a jurisprudência do TST está pacificada no sentido de que os efeitos da aposentadoria espontânea não se confundem com os efeitos da aposentadoria compulsória.

Embora o reclamante estivesse submetido ao regime celetista, ao completar setenta anos de idade, é atingido pela aposentadoria compulsória prevista no artigo 40, §1º, inciso II, da Constituição Federal. Nessas condições, não se trata de dispensa imotivada de modo a justificar o direito do reclamante à parcela de 40% do FGTS e ao aviso prévio indenizado (Precedentes). Recurso de revista conhecido e

provido. (RR-133600-76.2008.5.15.0008, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 6/6/2014 – destaquei)

APOSENTADORIA COMPULSÓRIA.
EMPREGADO PÚBLICO CELETISTA.
REINTEGRAÇÃO. Consoante entendimento pacificado nesta Corte superior, ao servidor público celetista também é aplicável a aposentadoria compulsória prevista no artigo 40, §1º, II, da Constituição da República. Precedentes desta Corte superior. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (...) (AIRR-155740-25.2008.5.02.0022, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, 1ª turma, DEJT 16/5/2014)

(...) 2. RECURSO DE REVISTA.
APOSENTADORIA COMPULSÓRIA.
EMPREGADO PÚBLICO CELETISTA. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a regra da aposentadoria compulsória, prevista no art. 40, §1º, inc. II, da Constituição da República, aplica-se aos servidores públicos, ainda que celetistas. Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento. (RR-59200-70.2009.5.15.0133, Relator Ministro João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, DEJT 6/12/2013)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. IDADE LIMITE DE 70 ANOS. SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA. EFEITOS SOBRE O CONTRATO DE TRABALHO. INAPLICABILIDADE DA OJ 361 DA SBDI-1 DO TST. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a aposentadoria compulsória aos 70 anos acarreta a automática extinção do contrato de trabalho do servidor público celetista, ao qual se aplica o disposto no art. 40, §1º, II, da CF, não sendo, por corolário lógico, hipótese de incidência da OJ 361 da SBDI-1 do TST. Não há como se confundirem os institutos, ou

seja, a aposentadoria por ato voluntário de segurado-empregado, em vista do cômputo de seu tempo de contribuição, com a aposentadoria compulsória, por determinação imperativa da Constituição (art. 40, §1º, II, CF) ou da Lei Previdenciária (Lei 8.213/91, art. 51). Dessa forma, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os termos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR-1866-48.2010.5.15.0067, Relator Ministro Maurício Godinho Delgado, 3ª Turma, DEJT 22/11/2013)

I – AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PROCESSO ELETRÔNICO – APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA. EFEITOS SOBRE O CONTRATO DE TRABALHO. Constatada a violação direta e literal do artigo 40, §1º, II, da Constituição da República, impõe-se o provimento do Agravo de Instrumento para determinar o processamento do Recurso de Revista. Agravo de Instrumento conhecido e provido. II – RECURSO DE REVISTA. PROCESSO ELETRÔNICO – APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA. EFEITOS SOBRE O CONTRATO DE TRABALHO. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a aposentadoria compulsória acarreta a automática extinção do contrato de trabalho do servidor público celetista, ao qual se aplica a disposição inserta no artigo 40, §1º, II, da Constituição da República. Recurso de Revista conhecido e provido. (RR-76200-67.2009.5.15.0009, Relator Ministro Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, DEJT 20/9/2013)

Restam incólumes os dispositivos invocados.

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo de Instrumento.

No debate sobre o alcance da regra da aposentadoria compulsória, alguns dispositivos constitucionais merecem destaque. Veja-se o disposto no art. 40, *caput*, § 1º (e seus incisos) e § 13, na redação vigente à época dos fatos em discussão neste feito:

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 equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 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:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei;

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

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:

[...]

§ 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.

[...] (sem destaques no original).

Do texto da norma constitucional extrai-se que o regime de previdência descrito no art. 40 destina-se estritamente a agentes públicos ocupantes de cargos efetivos, dada a delimitação posta no *caput* (“*aos servidores titulares de cargos efetivos [...]*”). A

Constituição expressamente equipara a tais agentes, para fins de incidência do regime disciplinado pelo art. 40, apenas os magistrados (art. 93, VI) e os membros do Ministério Público (art. 129, § 4º) e dos Tribunais de Contas (art. 73, § 3º).

A restrição prevista no *caput* do art. 40 é confirmada por seu § 1º (“*os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo [...]*”). Isso conduz à conclusão de que os incisos do § 1º instituem hipóteses de aposentadoria, dentre as quais a aposentadoria compulsória, destinadas exclusivamente aos agentes titulares de cargos efetivos, sujeitos a regime próprio de Previdência.

Por conseguinte, os demais agentes públicos encontram-se excluídos do âmbito de aplicabilidade das normas que regem o regime previdenciário instituído pelo art. 40 da Constituição, inclusive da regra atinente à jubilação compulsória. Em verdade, **a exclusão é expressa no caso dos empregados públicos**, os quais, por força do § 13 do mesmo art. 40, se submetem ao regime geral de previdência social, assim como os ocupantes de cargos em comissão e de cargos temporários (“*ao servidor ocupante [...] de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social*”).

Nesse sentido é o escólio de IVAN BARBOSA RIGOLIN:

O fato é que a Carta de 1988 repetiu a regra 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 efe-

tivo 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 respectivos.⁴

Na mesma linha é a lição de MARÇAL JUSTEN FILHO:

Não se aplica a aposentadoria para outras categorias de agentes estatais que não os servidores titulares de cargo público de provimento efetivo. Isso não significa a ausência de regimes de previdência social para outros agentes estatais. Tanto os agentes políticos como os empregados públicos e os titulares de cargo em comissão farão jus a regimes próprios e peculiares de inativação.

Assim, o art. 40, § 13, da CF/1988 determina, de modo expresso, que “*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*”.⁵

O próprio STF, ao examinar a questão da incidência da regra da aposentadoria compulsória sobre os notários e registradores, reconheceu que referida regra **somente se aplica aos ocupantes de cargos públicos efetivos em sentido estrito**. Confira-se a ementa do julgado proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2.602/MG, Relator (para redação do acórdão) Ministro Eros Grau:

⁴ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O servidor público nas reformas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 115.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1040.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO N. 055/2001 DO CORREGEDOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. NOTÁRIOS E REGISTRADORES. REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS. INAPLICABILIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20/98. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE EM CARÁTER PRIVADO POR DELEGAÇÃO DO PODER PÚBLICO. INAPLICABILIDADE DA APOSENTADORIA COMPULSÓRIA AOS SETENTA ANOS. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. O artigo 40, § 1º, inciso II, da Constituição do Brasil, na redação que lhe foi conferida pela EC 20/98, está restrito aos cargos efetivos da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios – incluídas as autarquias e fundações.
2. Os serviços de registros públicos, cartorários e notariais são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público – serviço público não-privativo.
3. Os notários e os registradores exercem atividade estatal, entretanto não são titulares de cargo público efetivo, tampouco ocupam cargo público. Não são servidores públicos, não lhes alcançando a compulsoriedade imposta pelo mencionado artigo 40 da CB/88 – aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade.
4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.⁶

O Pretório Excelso posteriormente **confirmou tal posicionamento no julgado do Recurso Extraordinário (RE) 786.540-RG/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, *leading case* do Tema 763 de Repercussão Geral.** Embora o inteiro teor do acórdão proferido pelo Tribunal Pleno ainda não tenha sido divulgado, a ata de julgamento restou publicada no DJe em 1/2/2017, dela constando a tese firmada pela Corte, no sentido da **inaplicabilidade da regra da jubilação compulsória aos servidores**

⁶ Supremo Tribunal Federal. ADI 2.602/MG, Rel. (originário) Min. Joaquim Barbosa. DJ un. 31 mar. 2006, pp. 6.

ocupantes de cargos em comissão, posto que submetidos ao regime geral de previdência social:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 763 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, fixando tese nos seguintes termos: “1 - Os servidores ocupantes de cargo exclusivamente em comissão não se submetem à regra da aposentadoria compulsória prevista no art. 40, § 1º, 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, não há óbice constitucional a que o servidor efetivo aposentado compulsoriamente permaneça no cargo comissionado que já desempenhava ou a que seja nomeado para cargo de livre nomeação e exoneração, uma vez que não se trata de continuidade ou criação de vínculo efetivo com a Administração”, vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, nesta assentada, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 15.12.2016 (sem destaques no original).

No voto proferido pelo Relator do *leading case*, disponibilizado em notícia veiculada na página do STF em 15/12/2016,⁷ assevera-se que **o tratamento diferenciado dispensado pelo § 13 do art. 40 da Constituição aos servidores ocupantes de cargos em comissão (raciocínio que aqui se aplica aos empregados públicos) deixa claro que a inativação compulsória prevista no inciso II do § 1º a eles não se aplica**. Veja-se o seguinte excerto:

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

⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=332093&caixaBusca=N><. Acesso em: 30 jun. 2016.

um grupamento e outro, daí por que não procede a afirmação de que as disposições relativas à previdência insculpidas 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.

[...]

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, estabelecerá 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. [...] (sem destaques no original).⁸

Os empregados públicos e os servidores ocupantes de cargos em comissão encontram-se em situação idêntica do ponto de vista do regramento de previdência a que estão submetidos, o **regime geral de previdência social** (art. 40, § 13, da Constituição), do que decorre idêntica solução quanto à regra da aposentadoria compulsória, sob pena de violação ao princípio isonômico (art. 5º, *caput*, da Constituição).

Conclui-se, portanto, diante de tais considerações, que ao determinar a aplicação da regra da aposentadoria compulsória à autora, servidora ocupante de emprego público, submetida ao regime geral de previdência social, o acórdão recorrido adotou interpretação equivocada do art. 40, § 1º, II, da Constituição, o qual restou, portanto, violado em seu sentido e alcance.

Não bastasse a existência de disposição constitucional expressa a impedir a extensão da regra da aposentadoria compulsória aos empregados públicos, a interpretação ampliativa do art. 40, § 1º, II, da Constituição, proposta pelo acórdão recorrido, contraria os dispositivos da Carta Magna que vedam o tratamento discriminatório do trabalhador, inclusive por motivo de idade. O entendimento prevalecente no TST também implica desintegração da teia normativa constitucional, já que estende a regra em exame a situação em que sua aplicação não se justifica. Nessa li-

⁸ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE786540.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2017.

na se manifestou esta Procuradoria-Geral da República no RE 786.540-RG/DF, ao defender a inaplicabilidade da regra da aposentadoria compulsória aos servidores mencionados no § 13 do art. 40 da Constituição:

É certo que, como salientado pelo recorrente, parcela da doutrina, em um esforço de extensão interpretativa do alcance da regra da aposentadoria compulsória, sustenta que tal regramento repousa sobre a presunção *iuris et de iure* de que quem completa 70 (setenta) anos de idade se torna inapto ao cumprimento das tarefas e dos deveres voltados à realização das atividades do Estado.

[...]

Contudo, *data maxima venia*, tal construção doutrinária, que fundamenta o instituto da jubilação compulsória na presunção, feita *a priori* e, desse modo, completamente dissociada da realidade fática das situações reguladas pelo dispositivo ao não admitir ser elidida por prova em contrário, de que septuagenários são pessoas incapazes de prestar seus serviços à Administração Pública, mostra-se incompatível com um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, consubstanciado na promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, da Constituição).

[...]

Estabelecida a necessidade de se manter íntegra a teia normativa constitucional, deve-se perquirir em que, de fato, fundamenta-se a regra constitucional da aposentadoria compulsória. Conforme já exposto, o regime previdenciário do art. 40 da Constituição, em uma interpretação literal das normas ali contidas, aplica-se exclusivamente aos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos e aos agentes públicos titulares de cargos vitalícios.

O que diferencia esses agentes públicos dos demais é que seus cargos, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, são predispostos a retê-los de modo definitivo, ainda que com variações quanto ao grau de retenção: ultrapassado – ou dispensado, no caso de alguns magistrados de Tribunais e membros de Tribunais de Contas – o estágio probatório, gozam os ocupantes

de cargos efetivos da garantia da estabilidade e os ocupantes de cargos vitalícios da garantia da vitaliciedade, o que resulta que o vínculo destes com o Poder Público é mais forte e mais restritas são as possibilidades de exoneração/demissão quando em comparação com aqueles.

[...]

É possível, pois, compreender o instituto da aposentadoria compulsória como esse mecanismo indutor da renovação dos quadros da administração pública, não apenas criado e definido nos termos do Texto Magno por opção político-legislativa do Constituinte, mas também complementar às garantias da estabilidade e da vitaliciedade, na medida em que, enquanto estas visam à busca da excelência no serviço público – compreendido em seu sentido mais amplo – por meio da formação e da manutenção de um quadro de pessoal que realize suas atividades de forma profissional, com crescentes qualificação e experiência, aquela propicia ao corpo funcional, de tempos em tempos, modificações voltadas à sua oxigenação.

Logo, porque os ocupantes de cargos em comissão não têm essa prerrogativa, e em razão da instabilidade dos vínculos que, exoneráveis *ad nutum*, mantêm com o Poder Público, tal mecanismo renovador se mostra desnecessário em relação a eles. Afinal, na hipótese, a movimentação do quadro pode ocorrer a qualquer momento, por ato de seu superior hierárquico.

Diante do exposto, vislumbrada a violação, pelo acórdão recorrido, ao art. 40, § 1º, II da Constituição, opina-se pelo provimento do agravo e do recurso extraordinário, para que, invalidando-se o afastamento compulsório da autora, seja determinada sua reintegração no emprego público, com o pagamento dos salários e demais vantagens contratuais desde o indevido afastamento.

No caso, **a reintegração da servidora é medida que se impõe, tendo em vista seu direito à estabilidade** na forma do

art. 41, caput e §1º, da Constituição Federal, conforme firmado pelo juízo de primeiro grau.

3. CONCLUSÃO

A Procuradoria-Geral da República opina pelo provimento do agravo e do recurso extraordinário por violação ao art. 40, § 1º, II da Constituição.

Brasília (DF), 15 de setembro de 2017.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros
Procurador-Geral da República

JCCR/HSA/IGNP