



VOTO EM SEPARADO

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre as Propostas de Emenda à Constituição (PEC) nº 2, de 2011, primeiro signatário o Senador Gilvam Borges, que restabelece o adicional por tempo de serviço como componente da remuneração das carreiras da magistratura e do Ministério Público e dá outras providências pertinentes; nº 5, de 2011, primeiro signatário o Senador Gilvam Borges, que restabelece o adicional por tempo de serviço, como componente da remuneração das carreiras da magistratura, do Ministério Público, da advocacia e da defensoria públicas e dá outras providências pertinentes; e nº 68, de 2011, primeiro signatário o Senador Humberto Costa, que altera o art. 39 da Constituição Federal para restabelecer o adicional por tempo de serviço como componente da remuneração das carreiras que especifica.

I – RELATÓRIO

Vêm à análise desta Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, tramitando em conjunto, as Propostas de Emenda à Constituição (PEC) nºs 2, 5 e 68, de 2011.

PEC 2/2011

A PEC nº 2, de 8/2/2011, em seu art. 1º, altera o § 11 do art. 37 da Lei Maior, de modo que a limitação constitucional do teto remuneratório, imposta pelo inciso XI do art. 37 não incida sobre as parcelas de caráter indenizatório percebidas por magistrados e membros do Ministério Público. Na mesma mudança, recria o adicional por tempo de serviço, para as citadas carreiras, à razão de 1% ao ano, limitado a 35% dos subsídios, vencimentos ou proventos.



No seu art. 2º, a PEC nº 2, de 2011, exclui da incidência da limitação do teto remuneratório todos proventos das aposentadorias já concedidas até a transformação da PEC em Emenda Constitucional.

PEC 5/2011

A segunda proposta apensada, a PEC nº 5, de 23/2/2011, retrata o texto da PEC nº 2, de 2011, acrescentando, porém, como beneficiários do adicional por tempo de serviço, também os membros das carreiras de procuradores e defensores públicos, além dos magistrados e promotores de justiça.

PEC 68/2011

Por fim, a PEC nº 68, de 7/7/2011, no seu art. 1º, altera o § 4º do art. 39 da Constituição da República, para – em relação ao subsídio do membro de poder, detentor de mandato eletivo, Ministro de Estado, Secretário Estadual e Municipal – ressaltar, das vedações impostas ao acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei.

No art. 2º, a PEC nº 68, de 2011, cria o adicional por tempo de serviço, na razão de 5% a cada quinquênio de efetivo exercício, até o máximo de 35%, incidente sobre o subsídio ou a remuneração, aos servidores públicos que percebem por subsídio e aos que desenvolvem atividades exclusivas de Estado. O parágrafo único do art. 2º, numerado equivocadamente como § 1º, apresenta rol exemplificativo de atividades exclusivas de Estado, remetendo para lei ordinária a possibilidade de ampliação desta relação.

Durante a tramitação das matérias, não consta a apresentação de emendas.

É o relatório.



II – ANÁLISE

É de competência desta Comissão, com base no art. 356, *caput*, do Regimento Interno do Senado Federal, emitir parecer, inclusive quanto ao mérito, sobre Propostas de Emenda à Constituição.

O presente voto em separado é proferido com suporte no inciso I, do § 6º, do art. 132, do Regimento Interno do Senado Federal (RISF).

Referendadas pelo número correto de assinaturas das senhoras e dos senhores senadores, as três Propostas de Emenda à Constituição – PEC nº 2, de 2011, PEC nº 5, de 2011, PEC nº 68, de 2011 – cumprem o disposto no inciso I do art. 60 do texto constitucional, bem como não repetem matéria rejeitada ou prejudicada na atual sessão legislativa, ou seja, atendem à imposição constante do § 5º do citado art. 60.

Com relação aos aspectos jurídico-constitucionais, avaliamos que as três Propostas não ferem a limitação temporal, constante do § 1º, do art. 60, da Constituição da República.

INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL

No que tange, porém, à limitação material prevista no inciso IV do § 4º do art. 60 da Constituição Federal – direitos e garantias individuais –, verificamos que as três propostas de emenda constitucional em análise criam uma relação de caráter normativo e valorativo¹ que qualifica incontornável inconstitucionalidade.

Ao discriminarem, no universo dos funcionários públicos, alguns indivíduos, a título de pertencerem a carreiras de Estado, concedendo apenas a estes um adicional por tempo de serviço, em detrimento de outros funcionários, com mesmo tempo de serviço ou até maior que o dos escolhidos, as três PECs maculam indelevelmente o direito

¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 274.



à igualdade previsto na cabeça do art. 5º da Constituição Federal e, por consequência, incidem na cláusula pétrea limitatória de iniciativa, assentada no já citado inciso IV do § 4º do art. 60 do texto constitucional de 1988.

Caso fosse aprovado o adicional por tempo de serviço de forma seletiva, como propõem as três propostas, seria criada, por exemplo, a situação inusitada e incoerente de termos numa mesma repartição pública, um funcionário com 30 anos de serviço sem receber o citado adicional, por não pertencer a uma carreira interpretada, por parte da doutrina, como de Estado e outro servidor, com 10 anos de serviço, mas pertencente à carreira típica, recebendo o adicional de tempo de serviço.

Uma medida dessa natureza proporcionaria, com toda certeza, uma cisão entre os servidores dentro de um mesmo órgão público, uma vez que estaria sendo criada em colisão face ao que John Rawls cunhou como “Justiça como Equidade”. Pelo Princípio da Diferença de Rawls (2º Princípio de Justiça), “as desigualdades sociais e econômicas”, para serem aceitas, como condição, “têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade”². Este princípio de justiça, por exemplo, justifica a concessão do benefício do Programa Bolsa Família para 49,175 milhões de brasileiras e brasileiros, ou seja, 25,56% da população brasileira que se encontram abaixo da linha da pobreza³, mas, por outro lado, não conseguiria explicar a concessão de um adicional de vencimentos apenas para os servidores públicos que já se encontram no topo da tabela remuneratório do serviço público.

PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Para fundamentar ainda mais a discussão do mérito, reforçamos a caracterização do Princípio da Igualdade, que significa, em

² RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 60.

³ MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME (MDS). Perfil das famílias beneficiadas pelo Programa Bolsa-Família/2009. Brasília: MDS, 2010.



resumo, que todos são iguais na lei e diante da lei. Os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição, mas somente quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.

Há uma tríplice finalidade limitadora neste Princípio da Igualdade: limitação ao legislador, limitação ao intérprete e limitação ao particular. No que tange ao legislador, não pode ele, na edição normativa, criar regras – constitucionais ou infraconstitucionais – que apresentem diferenciações abusivas, arbitrárias ou sem finalidade lícita, pois serão incompatíveis com a Constituição, na medida em que estas normas irão ferir o comentado Princípio.

Assim, não há como justificar, à luz do Princípio da Igualdade, a concessão do adicional por tempo de serviço somente para uma parcela dos servidores públicos em detrimento da maioria desses funcionários, que também fariam jus ao mesmo adicional.

PRINCÍPIO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO

A inconstitucionalidade material apontada poderia ser contornada com a concessão do benefício para todas as carreiras do serviço público. Mas, a questão de fundo não é essa, conforme passamos a discorrer ao discutir o mérito das três propostas.

Inicialmente deve ser firmada a argumentação de que a criação ou mudança de gratificações ou adicionais remuneratórios devem ser realizadas por intermédio de lei ordinária, jamais efetiva em texto constitucional, pelo Princípio da Unidade da Constituição.

Nessa linha, devemos ter presente que a gratificação por tempo de serviço era uma vantagem prevista pelo art. 67, da Lei nº 8.112, de 1990, com a redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997:

Art. 67. O adicional por tempo de serviço é devido à razão de cinco por cento a cada cinco anos de serviço público efetivo prestado à União, às autarquias e às fundações



públicas federais, observado o limite máximo de 35% incidente exclusivamente sobre o vencimento básico do cargo efetivo, ainda que investido o servidor em função ou cargo de confiança.

Em 1999, a Medida Provisória nº 1.815 extinguiu a gratificação por tempo de serviço, sendo esta extinção referendada pelo art. 15 da Medida Provisória nº 2.224-45, de 2001, respeitado o direito adquirido até 8 de março de 1999:

Art. 15. Revogam-se:

I - o art. 26 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990;

II - o inciso III do art. 61 e o art. 67 da Lei nº 8.112, de 1990, respeitadas as situações constituídas até 8 de março de 1999; e

III - a Medida Provisória nº 2.171-44, de 24 de agosto de 2001.

Assim, podemos afirmar que qualquer matéria específica relativa à remuneração de agentes públicos, em respeito ao Princípio da Unidade da Constituição, não deve ser veiculada por meio de Emenda Constitucional, mas por intermédio de lei ordinária.

PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

É fundamental lembrar, e aqui está o fulcro da questão, que a extinção do adicional por tempo de serviço veio no bojo de um conjunto de medidas desencadeadas com o objetivo de efetivar o Princípio da Eficiência na Administração Pública, elevado ao plano constitucional pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998. Pelo Princípio da Eficiência, a Administração deve conseguir maior produtividade com maior economicidade dos recursos disponíveis. Assim, a recompensa dos agentes públicos deve atender apenas a critérios eficientes de avaliação de desempenho.

A identificação de quatro setores dentro do aparelho estatal – “núcleo estratégico do Estado; atividades exclusivas do Estado; serviços não-exclusivos ou competitivos; e produção de bens e serviços para o



mercado”⁴ –, realizada durante a Reforma do Estado da década de 1990, teve por finalidade definir os setores que deveriam ser mantidos nas mãos do Estado, os que poderiam ser publicizados, terceirizados ou privatizados.

Dentro dos setores típicos do Estado, não há que se falar em conceder benefícios remuneratórios para parcelas de servidores dentro de cada atividade em detrimento de outras carreiras. O desempenho eficiente – a valorização do Princípio da Eficiência – na execução das atividades deve ser o parâmetro-base, tanto para a promoção do servidor, quanto para a concessão de “adicionais” de remuneração. Essa postura faz parte da moderna administração gerencial adotada pelo Brasil para o serviço público e constitucionalizada por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 1998.

Do Direito Natural poder-se-ia retirar a premissa de que os mais antigos em serviço deveriam perceber maiores remunerações. Ocorre, porém, que este paradigma há muito foi derrubado pelos Estados gerenciais mais desenvolvidos. Hoje, o paradigma para o servidor público é o mérito no desempenho de suas atribuições. Aquele que trabalha melhor quantitativa e, principalmente, qualitativamente é o que deve ser melhor remunerado.

REMUNERAÇÃO POR SUBSÍDIO

Outro aspecto de grande importância, que devemos pontuar, é o que trata da remuneração por subsídio, constante do § 4º, do art. 39, da Constituição. O subsídio, como composição remuneratória, contempla duas características: em primeiro lugar, deve observar o teto remuneratório fixado no art. 37, inciso XI; além disso, deve ser estabelecido em parcela única, sendo, por conseguinte, vedado o acréscimo de qualquer vantagem pecuniária, como gratificações, adicionais, abonos, prêmios, ou verbas de representação.

⁴ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter K. *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. Trad. Carolina Andrade. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 258.



TETO REMUNERATÓRIO CONSTITUCIONAL

De acordo com as três PECs, os membros das carreiras por elas selecionadas poderão receber a gratificação ainda que o valor total da remuneração a ser paga ultrapasse o teto fixado para o funcionalismo público e ainda que isso venha a descaracterizar a forma de remuneração por subsídio que, como se viu, consiste no pagamento de uma parcela única, com a vedação de qualquer outra vantagem remuneratória. Com isso, as Propostas desmontam a linha mestra de todo o sistema de remuneração de pessoal estabelecido para o funcionalismo público que, como lembrança, tem sido construído a duras penas em nosso país.

CARÊNCIA DE AVALIAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

Por fim, mas não de menor importância, deve ser discutido o impacto financeiro das três Propostas para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Qual será o impacto nas despesas no Erário Público dos diversos entes federados?

Com relação aos gastos financeiros decorrentes das três Propostas de Emenda à Constituição, é forçoso considerar que elas estão em desacordo com imposições de natureza orçamentário-financeira previstas no art. 169, § 1º, inciso I, da Constituição da República:

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;



A Lei Complementar citada no art. 169 da Constituição é a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 2000) que, em seu art. 16, inciso I, também apresenta importante imposição:

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;

Dessa forma, avaliamos que as Propostas de Emenda à Constituição nºs 2, 5 e 68, de 2011, violam os princípios constitucionais da Igualdade, da Unidade da Constituição e da Eficiência, além de desafiarem as imposições econômico-financeiras previstas no art. 169, § 1º, inciso I, da Constituição Federal.

III – VOTO

Diante da argumentação apresentada, apresentamos voto pela **rejeição** da Proposta de Emenda à Constituição nº 2, de 2011, pela **rejeição** da Proposta de Emenda à Constituição nº 5, de 2011, e pela **rejeição** da Proposta de Emenda à Constituição nº 68, de 2011.

Sala da Comissão,

, Presidente

, Relator