ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

R e DE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Nº 49 – Janeiro/Fevereiro/Março de 2017 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

O SENTIDO CONSTITUCIONAL DE CARREIRA NO SERVIÇO PÚBLICO

Paulo Modesto

Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal da Bahia. Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Público. Presidente do Instituto de Direito Administrativo da Bahia. Membro do Ministério Público da Bahia, da Academia de Letras Jurídicas da Bahia e do Conselho Científico da Cátedra de Cultura Jurídica da Universidade de Girona (Espanha). Diretor da Revista Brasileira de Direito Público. Conselheiro Técnico da Sociedade Brasileira de Direito Público. Membro do Conselho de Pesquisadores do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado. Ex-Assessor Especial do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado do Brasil. Editor do site www.direitodoestado.com.br.

1. O CONCEITO DE CARREIRA

Etimologicamente, a palavra "carreira" origina-se do latim *via carraria*, estrada para carros. A palavra, quando empregada para o setor público, liga-se tradicionalmente ao conceito de **evolução funcional** ou **progressão funcional de servidores públicos**. É este o **sentido subjetivo** da palavra **carreira** no direito administrativo brasileiro: o percurso de elevação ou de desenvolvimento do servidor aos graus mais qualificados de sua função pública.

PONTES DE MIRANDA, ciente deste sentido etimológico da palavra, advertia que "não há carreira sem que se caminhe, se avance, ou se possa caminhar ou avançar; mesmo se a pessoa, excepcionalmente, foi incluída em degrau do alto sem ter subido pelos anteriores" (*Comentários à Constituição de 1967*, Tomo III, Rio, Ed. Forense, p. 422)

No entanto, carreira é também **forma de organização de cargos públicos,** pois denota **o conjunto de cargos de mesma natureza, com o mesmo conjunto de atribuições, que demandam idêntica preparação e formação, estruturado de modo a prever graus ascendentes de responsabilidade e remuneração.** É este o **sentido institucional** ou **objetivo** de carreira.

É neste segundo sentido que se pode dizer que, na **organização administrativa do Estado**, os cargos podem estar dispostos de modo **isolado** ou **em carreira.** O que distingue as duas hipóteses é a possibilidade ou não de progressão do titular destes cargos na atividade, vale dizer, a possibilidade de **promoção ou acesso a níveis ou graus ascendentes de responsabilidade no interior de um conjunto de cargos de igual natureza**. Por autonomásia, denominam-se "cargos de carreira" os cargos que admitem **evolução funcional vertical**, que são **agrupados e escalonados em classes**, por **possuírem denominação, atribuições e exigirem qualificação profissional e habilidades específicas afins**. A promoção entre os níveis ou classes da carreira, tradicionalmente, decorre de juízo de merecimento ou verificação de antiguidade.

Carreira é, portanto, uma **unidade hierarquizada de cargos públicos afins**. Sem a nota da afinidade, que permite a **mobilidade vertical interna**, não há carreira, mas sucessão de cargos distintos, o que é vedado, pois denota o abandono da ideia de avanço, de **progresso na mesma trilha**, ínsito no conceito de carreira, que exige um **núcleo homogêneo de atribuições e habilitações comuns para não ser deturpado**. A superposição de cargos distintos, de forma ascendente, permite o ingresso do agente em cargo sem homogeneidade, isto é, a transformação ou a transmutação da investidura original, o que não se compatibiliza com a exigência de investidura em cargo ou emprego público através de concurso público (art. 37, II, CF).

Ressalte-se que a presença de um **núcleo homogêneo de atribuições e habilitações profissionais** foi considerada relevante pela própria Constituição da República para a "fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório", elemento essencial na estruturação de qualquer carreira. O sistema de remuneração, nos termos da Constituição, deve observar "a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira, os requisitos para a investidura e as peculiaridades dos cargos" (art. 39, §1º, I a III, com a redação da EC19). Parece evidente, portanto, que se o sistema remuneratório obrigatoriamente deve considerar a natureza das funções desempenhadas, o grau de responsabilidade dos agentes, os requisitos para investidura, as peculiaridades e a complexidade das atividades inerentes aos cargos, também a disciplina das carreiras deve fazê-lo, uma vez que é impensável dissociar a hierarquização própria das carreiras da hierarquização das formas de remuneração no setor público.

2. CARREIRA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A vigente Constituição da República prestigiou fortemente o instituto da **carreira,** especialmente após modificações introduzidas por diversas Emendas Constitucionais. Faz referência ao instituto, entre muitos outros, nos seguintes artigos:

a) **Art. 37, V**: reserva de parte dos cargos em comissão para "servidores de carreira" nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei;

b) **Art. 37, XXII:** exercício das administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios por **servidores de carreiras específicas**;

c) **Art. 39, caput**: instituição pela União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e **planos de carreira** para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas (consulte o leitor a ADIN nº 2.135-4);

d) **Art. 39, §1º.:** fixação de padrões de vencimento segundo a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira;

e) **Art. 39, § 2º**: obrigação de manutenção pela União, os Estados e o Distrito Federal de escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira**;**

f) **Art. 39, §8:** possibilidade de instituição de subsídio para os servidores organizados em carreira;

g) **Art. 93, I**: forma de ingresso na carreira da magistratura;

h) **Art. 128, §§1º. e 3º**: escolha do Procurador-Geral do Ministério Público da União e dos Estados e do Distrito Federal a partir de lista tríplice formada entre integrantes da carreira;

i) **Art. 132**: organização em carreira das procuradorias estaduais e municipais;

j) **Art. 134, parágrafo único**: organização da defensoria pública em carreira;

k) **Art. 206, V**: valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira;

O que se extrai imediatamente desse rico elenco de referências constitucionais é que os **dois sentidos da palavra carreira não devem ser considerados estanques ou independentes**.

Atualmente, carreira não é apenas a possibilidade de progresso do servidor na estrutura de cargos afins ao cargo que titulariza ou uma forma de organização de cargos públicos efetivos semelhantes.

Em primeiro lugar, é um **direito do servidor, por um lado; é uma obrigação para o Poder Público, por outro.**

A exigência de planos de carreira significa, como bem anotou ADILSON DALLARI, a instituição do "**direito à evolução funcional**" (*Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, 2ª Ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1990, p. 51).

Esse "direito à evolução funcional" deve se orientar por critérios objetivos, normativos, estruturantes da carreira, não pela escolha pessoal da autoridade.

No dizer do mesmo ADILSON DALLARI:

> "A evolução não é mais um favor, e sim um direito, cabendo a cada administração editar as normas que proporcionem seu efetivo exercício. Tais normas deverão dispor, entre outras coisas, dos graus e etapas de evolução. Esta, em alguns casos se fará pela mudança de cargos escalonados em carreira. Em outros casos a evolução se fará apenas na escala de vencimentos, sem mudança de cargo.
>
> Outro tema importante é o da periodicidade de cursos, avaliações e provas, que não podem ficar ao puro arbítrio da administração. Outro, ainda, é o do estabelecimento de critérios para tais avaliações de desempenho e concursos de promoção ou acesso." (idem, p. 53-54).

Nada obstante, acredito que o chamado direito à evolução funcional melhor seria designado **direito à carreira**. Neste direito, além da dimensão da evolução funcional, inerente à ideia de carreira, outras dimensões podem ser reconhecidas. O direito à carreira apresenta também **projeção no plano institucional e organizacional.**

Um exemplo é a legitimação para impetrar mandados de segurança quando se encontre ameaçada a carreira, ou se promova o seu esvaziamento, através da incorporação de cargos heterogêneos, a nomeação de agentes ilegítimos ou a transferência de atribuições próprias para cargos de condições de escolaridade, habilitação profissional ou complexidade de tarefas distinta. Trata-se aqui, na dicção do precedente aberto pelo famoso caso Roboredo, da tutela de um "direito-função", que visa resguardar a extensão das competências e prerrogativas que substantivam o exercício de uma função pública (STF, MS 21239/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento 05/06/1991, Tribunal Pleno, DJ 23-04-1993 PP-06920 EMENT VOL-01700-02 PP-00237). Nesta ação, como se sabe, atacava-se o ato do Presidente da República de nomear, sem audiência da classe, novo Procurador-Geral da Justiça do Trabalho, em regime de cargo em comissão.

A Constituição Federal, ao **afirmar o direito à carreira**, não impediu o **acesso a cargos diversos de mesma natureza**, **no interior das carreiras**. Mas impediu o acesso a cargos de natureza distinta, de outras carreiras, bem como a constituição de carreiras com cargos heterogêneos, sem núcleo de habilitações e atribuições assemelhadas. Também impediu a efetivação de servidores precários em caráter permanente de carreiras previamente constituídas, mesmo que na origem tenham esses servidores transferidos realizado concurso público.

Nesta direção, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem seguido sem maior dissonância o *leading case* da ADI-231 / RJ, de 13.11.1992:

> EMENTA: "Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento no tocante a cargos ou empregos públicos. - O critério do mérito aferível por concurso público de provas ou de provas e títulos e, no atual sistema constitucional, ressalvados os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração, indispensável para cargo ou emprego público isolado ou em carreira. para o isolado, em qualquer hipótese; para o em carreira, para o ingresso nela, que só se fará na classe inicial e pelo concurso público de provas ou de provas títulos, não o sendo, porém, para os cargos subsequentes que nela se escalonam até o final dela, pois, para estes, a investidura se fará pela forma de provimento que e a "promoção". Estão, pois, **banidas das formas de investidura admitidas pela constituição a ascensão e a transferência, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso, e que não são, por isso mesmo, ínsitas ao sistema de provimento em carreira, ao contrário do que sucede com a promoção, sem a qual obviamente não haverá carreira, mas, sim, uma sucessão ascendente de cargos isolados**. - o inciso II do artigo 37 da Constituição Federal também não permite o "aproveitamento", uma vez que, nesse caso, há igualmente o ingresso em outra carreira sem o concurso exigido pelo mencionado dispositivo. Ação Direta de Inconstitucionalidade que se julga procedente para declarar inconstitucionais os artigos 77 e 80 do ato das disposições constitucionais transitórias do Estado do Rio de Janeiro." (STF. Tribunal Pleno. ADI-231 / RJ. Rel. Min. Moreira Alves. DJ. 13.11.92)

> EMENTA: - "Relevância jurídica da arguição de inconstitucionalidade, perante o art. 37, II, da Carta Federal, da previsão de provimento derivado, a título de ascensão funcional, quando impropriamente considerada, como integrada, na mesma carreira, a série de cargos superiores, a ser preenchida com preterição da exigência de concurso público. Medida cautelar deferida." ((STF. Tribunal Pleno. ADIMC-1345 / ES. Rel. Min. Octavio Gallotti. DJ. 20.09.95)

> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DISPOSITIVOS DAS LEIS COMPLEMENTARES 78/1993 E 90/1993 DO ESTADO DE SANTA CATARINA E DA RESOLUÇÃO 40/1992 DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Inadmissibilidade, à luz da Constituição de 1988, de formas derivadas de investidura em cargos públicos. Inconstitucionalidade de normas estaduais que prevêem hipóteses de progressão funcional por acesso, transposição (em modalidade individual, diversa das exceções admitidas pela jurisprudência do STF), enquadramento a partir de estabilidade não decorrente de investidura por concurso público, acesso por seleção interna, transferência entre quadros e enquadramento por correção de

disfunção relativamente ao nível de escolaridade do servidor. Ação prejudicada em parte, em decorrência da revogação de dispositivos atacados. Ação procedente na parte restante, para se declarar a inconstitucionalidade do art. 12, caput e § 1º, § 2º e § 3º, da Lei Complementar estadual 78/1993 e do inciso II, § 2º e § 3º do art. 17 da Resolução 40/1992 da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina. (STF, ADI 951 / SC - SANTA CATARINA, AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Julgamento: 18/11/2004, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJ 29-04-2005 PP-00007, EMENT VOL-02189-01 PP-00094, LEXSTF v. 27, n. 318, 2005, p. 26-39)

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEIS 2.875/04 E 2.917/04, DO ESTADO DO AMAZONAS. COMISSÁRIO DE POLÍCIA. CARGO DE NATUREZA ISOLADA. TRANSFORMAÇÃO, APÓS POUCO MAIS DE 3 ANOS, EM CARGOS DE DELEGADO DE POLÍCIA. QUEBRA DE HIERARQUIA FUNCIONAL. BURLA AO CONCURSO PÚBLICO CARACTERIZADA. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. As leis estaduais impugnadas equipararam (Lei 2.875/04) e, logo após, transformaram (Lei 2.917/04) em delegados de polícia 124 cargos isolados de comissários de polícia, que haviam sido criados em 2001 com remuneração bastante inferior à daquele primeiro cargo e sem perspectiva de progressão funcional. 2. A forma pela qual foi conduzido o rearranjo administrativo revela que houve, de fato, burla ao postulado do concurso público, mediante o favorecimento de agentes públicos alçados por via legislativa a cargo de maior responsabilidade do que aquele para o qual foram eles aprovados em concurso. Não se verificou, no caso, um gradual processo de sincretismo entre os cargos, senão que uma abrupta reformulação da condição dos comissários de polícia, que em menos de três anos deixaram de ter suas características originais para passar a um cargo organizado em carreira. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (STF, ADI 3415, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 24/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 10-12-2015 PUBLIC 11-12-2015)

"Em síntese, aduz o requerente que os dispositivos impugnados são inconstitucionais, por violarem o princípio do concurso público (...). (...). (...) as normas impugnadas autorizam a transposição de servidores do Sistema Financeiro BANDERN e do Banco de Desenvolvimento do Rio Grande do Norte S.A - BDRN para órgãos ou entidades da Administração Direta, autárquica e fundacional do mesmo Estado (...). 3. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da inconstitucionalidade das normas que permitem a investidura em cargos ou empregos públicos diversos daqueles para os quais se prestou concurso. (...) 5. Vale ressaltar que os dispositivos impugnados não se enquadram na exceção à regra do concurso público, visto que não tratam de provimento de cargos em comissão, nem contratação por tempo determinado para

> suprir necessidade temporária de excepcional interesse público. 6. Portanto, a transferência de servidores para cargos diferentes daqueles nos quais ingressaram através de concurso público, demonstra clara afronta ao postulado constitucional do concurso público." (STF, ADI 3552, Relator Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgamento em 17.3.2016, DJe de 14.4.2016)

Vale à pena, neste passo, ressaltar o preciso ensinamento de mestre CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, segundo o qual:

> "... a exigência de formas de provimento derivadas, de modo algum significa abertura para costear-se o sentido próprio do concurso público. **Como este é sempre específico, para dado cargo, inserto em carreira certa, quem nele se investiu não pode depois, sem novo concurso público, ser transladado para cargo de carreira diversa ou de outra carreira melhor redistribuída ou de encargos mais nobres ou elevados**".(*Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, RT, 1990, p.45.).

Embora com orientação uniforme sedimentada em termos doutrinários e jurisprudenciais, a questão não parece completamente superada no plano dos fatos e das práticas administrativas.

O provimento derivado – proibido pela Constituição da República e violência contra o direito à carreira dos agentes regularmente nomeados em caráter efetivo para o quadro funcional – encontra todos os dias novas formas de manifestação. As expressões legais são sutis: "reenquadramento", "estabilização de servidores cedidos", "incorporação ao quadro", "alteração do título dos cargos com readaptação", "redesignação", "transferência de quadro", "unificação de carreiras". Em geral, todas essas designações apenas encobrem a **transferência de servidor, ainda que concursado, de um cargo de carreira para outro cargo ou carreira distinta, submetido a outro regime de evolução funcional ou direção administrativa.**

Espanca-se com isso não apenas a exigência constitucional do concurso público, como em geral se refere, mas o **direito à carreira dos servidores regularmente investidos**, a proibição do provimento derivado e, com frequência, a própria iniciativa legislativa privativa do Poder Executivo para dispor sobre o regime jurídico dos servidores públicos e sobre a criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas (CF, Art.61, § 1º, inciso II, letra 'c', c/c Art. 48, X, da Constituição Federal), neste último caso quando a transferência funcional ocorre por iniciativa direta de lei de iniciativa parlamentar ou de outro Poder.

Não por acaso a matéria exigiu expedição da **Súmula 685** pelo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual "É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido." Posteriormente, na sessão plenária

de **08/04/2015**, o mesmo tribunal converteu o enunciado da Súmula 685 no enunciado da **Súmula Vinculante 43**.

Mesmo a **cláusula de aproveitamento do servidor em disponibilidade**, que aparentemente sugere exceção constitucional à proibição do provimento derivado (Art. 41, § 3º, *in fine,* da Constituição Federal), tem sido interpretada pelo Supremo Tribunal Federal com extremo rigor, sendo admitida apenas quando respeitada a **similitude de atribuições e de remuneração** entre o cargo extinto ou declarado desnecessário e o novo cargo de aproveitamento do servidor. É o que decidiu o Tribunal, por exemplo, no ARE 656166 AgR e no RE 560464 AgR:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE DE APROVEITAMENTO DE SERVIDOR EM DISPONIBILIDADE EM CARGO COM ATRIBUIÇÃO E REMUNERAÇÃO DIFERENCIADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 685 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (STF, ARE 656166 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 22/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-236 DIVULG 13-12-2011 PUBLIC 14-12-2011).
>
> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FISCAIS DE TRIBUTOS DO AÇÚCAR E DO ÁLCOOL. AUDITOR FISCAL DO TESOURO NACIONAL. APROVEITAMENTO. 2. O servidor público posto em disponibilidade tem o direito de ser aproveitado em outro cargo da Administração Pública Direta ou Indireta, desde que observada a compatibilidade de atribuições e vencimentos com o cargo anterior. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, RE 560464 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 11/12/2007, DJe-026 DIVULG 14-02-2008 PUBLIC 15-02-2008 DJ 15-02-2008 EMENT VOL-02307-04 PP-00649 LEXSTF v. 30, n. 353, 2008, p. 297-300)

A questão da **fusão de carreiras**, reconhecida nas ADin's 2713/DF e 1.150/RJ, parece ser a única forma de calibração ou mitigação do direito à carreira admitida pelo Supremo Tribunal Federal. Sustento que nesses precedentes há muito mais uma **mitigação aparente** do que real, como uma análise atenta dos acórdãos referidos pode demonstrar. A persistência dessas questões nos Tribunais explicita a gritante lacuna doutrinária existente sobre o tema do **direito à carreira.**

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

MODESTO, Paulo. O Sentido Constitucional de Carreira no Serviço Público. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 49, janeiro/fevereiro/março de 2017. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-49-MARCO-2017-PAULO-MODESTO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.