

22/05/2020

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.935 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. EDSON FACHIN
REQTE.(S)	: PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: MESA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: MESA DO SENADO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS CIVIS DO ESTADO DO AMAPÁ-SINDSEP
AM. CURIAE.	: SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS EM EDUCAÇÃO NO AMAPÁ - SINSEPEAP/AP
AM. CURIAE.	: SINDICATO DOS SERVIDORES MUNICIPAIS DE MACAPÁ
AM. CURIAE.	: SINDICATO DOS POLICIAIS CIVIS DO ESTADO DO AMAPÁ - SINPOL
ADV.(A/S)	: JOSE LUIS WAGNER
AM. CURIAE.	: SINDICATO DOS AUDITORES E FISCAIS DO GRUPO DE TRIBUTAÇÃO, ARRECADAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DA SECRETARIA DA RECEITA DO ESTADO DO AMAPÁ - SINDIFISCO/AP
ADV.(A/S)	: DANILO MORAIS DOS SANTOS
AM. CURIAE.	: ESTADO DO AMAPÁ
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ
AM. CURIAE.	: MUNICÍPIO DE MACAPÁ
ADV.(A/S)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE MACAPÁ
AM. CURIAE.	: SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS URBANAS DO ESTADO DO AMAPÁ - STIUAP
ADV.(A/S)	: RENATA COSTA CABRAL DE CASTRO
AM. CURIAE.	: SINDICATO DOS SERVENTUÁRIOS DA JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAPÁ - SINJAP
ADV.(A/S)	: CESAR FARIAS DA ROSA
AM. CURIAE.	: SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS CIVIS DO ESTADO DE RORAIMA - SINDSEP/RR

ADI 5935 / DF

ADV.(A/S)	: ANTONIO ONEILDO FERREIRA
ADV.(A/S)	: FLORANY MOTA
ADV.(A/S)	: FELIPE KALIU
AM. CURIAE.	: ESTADO DE RONDÔNIA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS ENTIDADES REPRESENTATIVAS DOS SERVIDORES DA JUSTIÇA BRASILEIRA - ANERSEJUBRA
ADV.(A/S)	: MAURI RAUL COSTA
ADV.(A/S)	: LAERCIO RAIMUNDO BIANCHI

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EC 98/2017. SERVIDORES DOS TERRITÓRIOS FEDERAIS. AMAPÁ E RORAIMA. ALEGADA OFENSA À CLÁUSULA PÉTREA DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS (ART. 60, § 4º, IV, CFRB). AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO NÚCLEO ESSENCIAL OU DE TENDÊNCIA A ABOLIR O PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. DESENVOLVIMENTO DA FEDERAÇÃO. ISONOMIA MATERIAL. DIGNIDADE HUMANA PROTEGIDA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONHECIDA E JULGADA IMPROCEDENTE.

1. Os direitos e garantias individuais foram alçados à condição de cláusula pétrea pela primeira vez na Constituição da República de 1988. O art. 60, §4º, IV, protege o texto constitucional de emendas que atinjam o núcleo essencial desses direitos ou tendam a aboli-los.

2. A interpretação do alcance das cláusulas pétreas deve encontrar equilíbrio entre a preservação do núcleo identitário constitucional e o regime democrático. Precedentes.

3. Presentes elementos que justifiquem o tratamento diferenciado, a norma que promove desequiparação de direitos concretiza a faceta material do princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, CRFB). Precedentes.

4. Ao excepcionar o princípio do concurso público por emenda constitucional e , em situação reconhecidamente singular, o legislador não afeta seu núcleo essencial nem busca aboli-lo.

ADI 5935 / DF

5. A forma federativa de Estado, outra cláusula pétrea, pressupõe a busca pelo desenvolvimento de cada ente, para a erradicação da pobreza e redução das desigualdades regionais (art. 3º, III, CRFB), sendo prerrogativa da União atuar nesse sentido também no exercício de seu Poder Legislativo.

6. O ordenamento pátrio possui outras exceções ao concurso público, inclusive que garantem a efetivação de trabalhadores de ex-Territórios, cabendo ao constituinte derivado estabelecer critérios para alargá-la, bem como medir o impacto orçamentário.

7. A proteção estabelecida pelo art. 60, § 4º, IV, da CRFB, visa precipuamente a garantia da dignidade humana, que não se encontra ameaçada, de qualquer forma, pela norma questionada.

8. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e julgada improcedente.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em sessão plenária virtual de 15 a 21 de maio de 2020**, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer da ação direta e julgar improcedente o pedido formulado, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 22 de maio de 2020.

Ministro **EDSON FACHIN**
Relator

22/05/2020

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.935 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. EDSON FACHIN
REQTE.(S)	: PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: MESA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: MESA DO SENADO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS CIVIS DO ESTADO DO AMAPÁ-SINDSEP
AM. CURIAE.	: SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS EM EDUCAÇÃO NO AMAPÁ - SINSEPEAP/AP
AM. CURIAE.	: SINDICATO DOS SERVIDORES MUNICIPAIS DE MACAPÁ
AM. CURIAE.	: SINDICATO DOS POLICIAIS CIVIS DO ESTADO DO AMAPÁ - SINPOL
ADV.(A/S)	: JOSE LUIS WAGNER
AM. CURIAE.	: SINDICATO DOS AUDITORES E FISCAIS DO GRUPO DE TRIBUTAÇÃO, ARRECADAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DA SECRETARIA DA RECEITA DO ESTADO DO AMAPÁ - SINDIFISCO/AP
ADV.(A/S)	: DANILO MORAIS DOS SANTOS
AM. CURIAE.	: ESTADO DO AMAPÁ
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ
AM. CURIAE.	: MUNICÍPIO DE MACAPÁ
ADV.(A/S)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE MACAPÁ
AM. CURIAE.	: SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS URBANAS DO ESTADO DO AMAPÁ - STIUAP
ADV.(A/S)	: RENATA COSTA CABRAL DE CASTRO
AM. CURIAE.	: SINDICATO DOS SERVENTUÁRIOS DA JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAPÁ - SINJAP
ADV.(A/S)	: CESAR FARIAS DA ROSA
AM. CURIAE.	: SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS CIVIS DO ESTADO DE RORAIMA - SINDSEP/RR

ADI 5935 / DF

ADV.(A/S) : ANTONIO ONEILDO FERREIRA
ADV.(A/S) : FLORANY MOTA
ADV.(A/S) : FELIPE KALIU
AM. CURIAE. : ESTADO DE RONDÔNIA
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS ENTIDADES
REPRESENTATIVAS DOS SERVIDORES DA JUSTIÇA
BRASILEIRA - ANERSEJUBRA
ADV.(A/S) : MAURI RAUL COSTA
ADV.(A/S) : LAERCIO RAIMUNDO BIANCHI

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pela Procuradoria-Geral da República, em face da Emenda Constitucional 98, de 6 de dezembro de 2017.

Eis o teor da norma impugnada:

“Art. 1º O art. 31 da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 31. A pessoa que revestiu a condição de servidor público federal da administração direta, autárquica ou fundacional, de servidor municipal ou de integrante da carreira de policial, civil ou militar, dos ex-Territórios Federais do Amapá e de Roraima e que, comprovadamente, encontrava-se no exercício de suas funções, prestando serviço à administração pública dos ex-Territórios ou de prefeituras neles localizadas, na data em que foram transformados em Estado, ou a condição de servidor ou de policial, civil ou militar, admitido pelos Estados do Amapá e de Roraima, entre a data de sua transformação em Estado e outubro de 1993, bem como a pessoa que comprove ter mantido, nesse período, relação ou

ADI 5935 / DF

vínculo funcional, de caráter efetivo ou não, ou relação ou vínculo empregatício, estatutário ou de trabalho com a administração pública dos ex-Territórios, dos Estados ou das prefeituras neles localizadas ou com empresa pública ou sociedade de economia mista que haja sido constituída pelo ex-Território ou pela União para atuar no âmbito do ex-Território Federal, inclusive as extintas, poderão integrar, mediante opção, quadro em extinção da administração pública federal.

§ 1º O enquadramento referido no caput deste artigo, para servidores, para os policiais, civis ou militares, e para as pessoas que tenham revestido essa condição, entre a transformação e a instalação dos Estados em outubro de 1993, dar-se-á no cargo em que foram anteriormente admitidos ou em cargo equivalente.

.....
§ 3º As pessoas a que se referem este artigo prestarão serviços aos respectivos Estados ou a seus Municípios, na condição de servidores cedidos, sem ônus para o cessionário, até seu aproveitamento em órgão ou entidade da administração federal direta, autárquica ou fundacional, podendo os Estados, por conta e delegação da União, adotar os procedimentos necessários à cessação de servidores a seus Municípios.

§ 4º Para fins do disposto no caput deste artigo, são meios probatórios de relação ou vínculo funcional, empregatício, estatutário ou de trabalho, independentemente da existência do vínculo atual, além dos admitidos em lei: I - o contrato, o convênio, o ajuste ou o ato administrativo por meio do qual a pessoa tenha revestido a condição de profissional, empregado, servidor público, prestador de serviço ou trabalhador e tenha atuado ou desenvolvido atividade laboral diretamente com o ex-Território ou o Estado que o tenha sucedido por, pelo menos, noventa dias.

§ 5º Além dos meios probatórios de que trata o § 4º deste artigo, sem prejuízo daqueles admitidos em lei, o enquadramento referido no caput deste artigo dependerá de a pessoa ter mantido relação ou vínculo funcional, empregatício,

ADI 5935 / DF

estatutário ou de trabalho com o ex-Território ou o Estado que o tenha sucedido por, pelo me - nos, noventa dias.

§ 6º As pessoas a que se referem este artigo, para efeito de exercício em órgão ou entidade da administração pública estadual ou municipal dos Estados do Amapá e de Roraima, farão jus à percepção de todas as gratificações e dos demais valores que acompanham a estrutura remuneratória dos cargos em que tenham sido enquadradas, vedando-se reduzi-los ou suprimi-los por motivo de cessão ao Estado ou a seu Município.'

Art. 2º Cabe à União, no prazo máximo de noventa dias, contado a partir da data de publicação desta Emenda Constitucional, regulamentar o disposto no art. 31 da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, a fim de que se exerça o direito de opção nele previsto.

§ 1º Descumprido o prazo de que trata o caput deste artigo, a pessoa a quem assista o direito de opção fará jus ao pagamento de eventuais acréscimos remuneratórios, desde a data de encerramento desse prazo, caso se confirme o seu enquadramento.

§ 2º É vedado o pagamento, a qualquer título, de acréscimo remuneratório, ressarcimento, auxílio, salário, retribuição ou valor em virtude de ato ou fato anterior à data de enquadramento da pessoa optante, ressalvado o pagamento de que trata o § 1º deste artigo.

Art. 3º O direito à opção, nos termos previstos no art. 31 da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, deverá ser exercido no prazo de até trinta dias, contado a partir da data de regulamentação desta Emenda Constitucional.

§ 1º São convalidados todos os direitos já exercidos até a data da regulamentação desta Emenda Constitucional, inclusive nos casos em que, feita a opção, o enquadramento ainda não houver sido efetivado, aplicando-se-lhes, para todos os fins, inclusive o de enquadramento, a legislação vigente à época em que houver sido feita a opção ou, sendo mais benéficas ou favoráveis ao optante, as normas previstas nesta Emenda

ADI 5935 / DF

Constitucional em seu regulamento.

§ 2º Entre a data de promulgação desta Emenda Constitucional e a de publicação de seu regulamento, o exercício do direito de opção será feito com base nas disposições contidas na Emenda Constitucional nº 79, de 27 de maio de 2014, e em suas normas regulamentares, sem prejuízo do disposto no § 1º deste artigo.

Art. 4º É reconhecido o vínculo funcional com a União dos servidores do ex-Território do Amapá, a que se refere a Portaria nº 4.481, de 19 de dezembro de 1995, do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, publicada no Diário Oficial da União de 21 de dezembro de 1995, convalidando-se os atos de gestão, de admissão, aposentadoria, pensão, progressão, movimentação e redistribuição relativos a esses servidores, desde que não tenham sido excluídos dos quadros da União por decisão do Tribunal de Contas da União, da qual não caiba mais recurso judicial.

Art. 5º O disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 79, de 27 de maio de 2014, aplica-se aos servidores que, em iguais condições, hajam sido admitidos pelos Estados de Rondônia até 1987, e do Amapá e de Roraima até outubro de 1993.

Art. 6º O disposto no art. 6º da Emenda Constitucional nº 79, de 27 de maio de 2014, aplica-se aos servidores que, admitidos e lotados pelas Secretarias de Segurança Pública dos Estados de Rondônia até 1987, e do Amapá e de Roraima até outubro de 1993, exerçam função policial.

Art. 7º As disposições desta Emenda Constitucional aplicam-se aos aposentados e pensionistas, civis e militares, vinculados aos respectivos regimes próprios de previdência, vedado o pagamento, a qualquer título, de valores referentes a períodos anteriores à sua publicação. Parágrafo único. Haverá compensação financeira entre os regimes próprios de previdência por ocasião da aposentação ou da inclusão de aposentados e pensionistas em quadro em extinção da União, observado o disposto no § 9º do art. 201 da Constituição

ADI 5935 / DF

Federal.

Art. 8º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data da sua publicação.”

Aduz a requerente que a norma impugnada afronta cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, da CRFB), pois atinge o núcleo essencial do direito fundamental de acesso a cargos e empregos públicos em condições de igualdade (art. 5º, *caput* e 37, I e II, CRFB) e da moralidade administrativa no seu componente ético-jurídico, do qual decorre o direito de todos a uma administração proba (art. 37, *caput*, CRFB).

Afirma que, a pretexto de corrigir distorções das redações anteriores conferidas pelas ECs 19/1998 e 79/2004, a norma ampliou demasiadamente o alcance da redação original do art. 31 da EC 19/1998 ao incluir, no quadro em extinção da Administração Federal, pessoas que mantiveram qualquer forma de vínculo com os ex-Territórios e com os Estados recém-criados e seus municípios.

Sustenta que o escopo das cláusulas pétreas constitucionais abrange os fundamentos (art. 1º), os objetivos (art. 3º) e os princípios fundamentais (art. 4º) da República, bem como os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, *caput*), todos previstos pela Constituição Republicana (ADI 1.497-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 13.12.2002, Voto do Min. Carlos Velloso).

Acrescenta que “o alcance das cláusulas pétreas deve partir do esforço hermenêutico de identificar o conteúdo do direito ou garantia individual protegido da ação do constituinte reformador”, pois “os princípios mercedores de proteção constantes das cláusulas pétreas parecem despidos de conteúdo específico” (ADPF 33, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ 27.10.2006).

Assevera que a exigência constitucional de concurso público (art. 37, I e II, CRFB) consubstancia-se em cláusula pétrea, por ter como premissa a igualdade de oportunidade aos cidadãos (art. 5º), a fim de materializar os objetivos fundamentais republicanos (art. 3º).

Nesse sentido, só poderiam ser admitidas como exceções à exigência do concurso público aquelas inscritas na Constituição de 1988 pelo

ADI 5935 / DF

constituente originário, não sendo dado ao constituinte reformador estabelecer novas hipóteses. Evoca precedentes desta Corte para sustentar sua posição (ADI 917-MC, rel. Min. Celso de Mello; ADI 100, rel. Min. Ellen Gracie; ADI 125, rel. Min. Sepúlveda Pertence; MS 33883, dec. Min. Dias Toffoli).

Aduz que *“o constituinte originário definiu o compromisso ético e moral do Estado para com a sociedade ao erigir os princípios reveladores desse pacto (probidade, moralidade, impessoalidade e transparência) como parte da identidade básica da Constituição, [t]anto que impôs gravíssimas consequências àqueles que os transgridam”, de modo que “a EC 98/2017, ao admitir o ingresso de uma vasta e incalculável gama de gama nos quadros da União sem prévia realização de concurso público, consagra valores totalmente opostos àqueles decorrentes do princípio republicano, como a probidade, a moralidade e a impessoalidade” (eDOC 1, p. 16).*

Afirma que a Emenda Constitucional confere vínculo funcional a servidores que estavam abrangidos pela Portaria MARE n. 4.481/1995, considerada ilegal pelo TCU.

Anota que a EC n. 98/2017 foi disciplinada pela Medida Provisória n. 817/2018, que, por sua vez, foi regulamentada pelo Decreto n.º 9.324/2018, possibilitando o provimento derivado de cargos e empregos públicos, o que já fora inúmeras vezes considerado inconstitucional por esta Corte (ADI 837, ADI 231), constando, inclusive, no enunciado de Súmula Vinculante n. 43: *“É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado a seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.”*

Por fim, sustenta a presença dos requisitos legais para a concessão de pedido cautelar de suspensão dos efeitos da norma atacada. Requer que, ao final, *“se julgue procedente o pedido, para declarar inconstitucional a Emenda Constitucional 98, de 6 de dezembro de 2017 e, por decorrência lógico-jurídica, a Medida Provisória 817, de 3 de janeiro de 2018, e o Decreto 9.324, de 2 de abril de 2018, que a regulamentam em âmbito infraconstitucional” (eDOC 1, p. 20).*

ADI 5935 / DF

Em virtude da relevância da matéria debatida nos presentes autos e sua importância para a ordem social e segurança jurídica, adotei o rito positivado no artigo 12 da Lei nº 9.868/1999 e solicitei as informações pertinentes (eDOC 8).

Um dos gabinetes do Senado Federal, em manifestação preliminar (eDOC 12), afirma que não é a primeira ocasião em que uma emenda à Constituição afasta a regra geral de exigência de concurso público, exceção que é absolutamente razoável, pois que voltada à política de interiorização das estruturas do Estado no Norte do país, regiões de baixa densidade populacional, cujos atrativos eram poucos para a fixação de uma população estável e definitiva, inclusive para se repelir riscos de ocupação por forças estrangeiras e para garantir a seus habitantes acesso a serviços públicos essenciais.

Desse modo, assevera que a emenda atacada seria constitucional como as que a precederam (nº 19, 60 e 79). Além disso, as emendas constitucionais integrariam o parâmetro de controle desta Corte e devem ser recepcionadas com a maior deferência possível, enquanto manifestação do poder constituinte derivado.

A Câmara dos Deputados informou que *“cumpre a esta Presidência, em face do disposto no art. 103, §3º, da Constituição Federal, apenas informar que a Proposta de Emenda à Constituição n. 199/2016, que deu origem à Emenda Constitucional n. 98/2017, foi processada nesta Casa dentro dos estritos trâmites constitucionais e regimentais inerentes à espécie e que a Medida Provisória n. 817/2018 encontra-se em tramitação nesta Casa, pronta para análise do Plenário na Câmara dos Deputados”* (eDOC 27, p. 1).

Em suas informações (eDOCs 29 e 44), o Senado Federal defende a constitucionalidade formal e material da norma, afirmando que, como os cargos públicos criados serão extintos quando vagos, representam categoria de cargos que não podem ser providos com cargos públicos, o que só poderia – e assim o foi – ser feito por emenda constitucional. Assevera que o processo legislativo adotado observou o princípio da isonomia, tendo em vista a peculiar situação dos servidores abrangidos pela emenda discutida.

ADI 5935 / DF

Aduz que a situação fática anterior à promulgação da emenda era causadora de desigualdade, de modo que ela coaduna-se com o princípio da igualdade, ao invés de o contrapor. Argui que o princípio do concurso público não é cláusula pétrea, acrescentando que, ainda que o fosse, sendo *princípio*, admitiria flexibilização.

Informa que o suposto tratamento desigual é excepcional e obedece a requisitos comprobatórios coerentes com a realidade material das federações afetadas, pois, no contexto fático, os servidores dos Estados do Amapá e Roraima foram essenciais para a continuidade de serviços públicos, força de trabalho sem a qual não existiria federação (igualmente cláusula pétrea), pelo que se depreende que a proteção desses trabalhadores foi objetivo do constituinte originário.

Acrescenta que a transposição dos servidores, com conseqüente flexibilização da exigência de concurso público, foi medida adotada pelo constituinte originário na medida em que foram extintos os territórios. Assim, o princípio do concurso público, no caso concreto excepcionado, *“não é absoluto, intangível, perpétuo ou imutável, como as cláusulas pétreas – deve ser interpretado em um contexto social e político-jurídico de transição da organização federativa e dos quadros funcionais das administrações públicas que, em breve, se encerrará”* (eDOC 29, p. 14-15), pois a manifestação do Poder Constituinte reformador também visa à pacificação social de discussões teóricas e práticas, administrativas e judiciais.

Desse modo, não haveria ofensa à moralidade administrativa, mas sim uma solução democrática a uma questão concreta e transitória, em que não se poderia exigir concurso público.

Por fim, discorre brevemente sobre o histórico da separação dos poderes, indicando a função da cláusula pétrea e a necessidade de que o judiciário, ainda que investido de poder para criação normativa por meio da interpretação de textos legais, não se conduza à excessiva judicialização na defesa de direitos e valores constitucionais em detrimento do princípio democrático, especialmente quando a Constituição não ordene e nem proíba a prolação de determinado tipo de emenda.

ADI 5935 / DF

Defende a legitimidade do Poder Legislativo para concretizar os anseios da população e o equilíbrio entre os Poderes, concluindo que a interpretação constitucional deve orientar-se para conservar e fortalecer a unidade e o regime político previsto pela Constituição, pugnando pela constitucionalidade do dispositivo questionado.

A Presidência da República (eDOC 51) traz o histórico da edição da norma questionada, manifestando-se em defesa da norma impugnada no mesmo sentido que a Advocacia-Geral da União (eDOC 66). Esta, por sua vez, primeiramente suscitou preliminar de que a requerente não impugnou adequadamente o complexo normativo referente ao dispositivo atacado, o que impediria o conhecimento da ação. A declaração de inconstitucionalidade da norma implicaria efeito repristinatório às normas anteriores, que disciplinavam a mesma matéria e, em tese, padeceriam dos mesmos vícios materiais apontados na exordial. Para sustentar o posicionamento, cita a ADI 2.574, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, DJ 29.08.2003, a ADI 2.883, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 09.03.2007 e a ADI 3.148, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJ 28.09.2007.

No mérito, rememora que, quando da transformação dos ex-Territórios do Amapá e Roraima em Estados, o Governo Federal criou vários programas com vistas a incentivar o deslocamento de profissionais para aquelas localidades, permanecendo o ente central responsável pela respectiva folha de pagamento até a efetiva instalação dessas unidades federadas, conforme o art. 14 do ADCT. Assim, diante da situação peculiar desses profissionais, foram editadas normas para disciplinar seus respectivos enquadramentos funcionais.

A alteração sucessiva do art. 31 da EC 19/1998 veio para especificar profissionais que deveriam ter sido incluídos no quadro em extinção da Administração, mas que não o foram oportunamente. Dessa forma, a norma impugnada veio para tutelar *“situações específicas e pontuais constituídas em benefício do interesse público, não havendo violação a cláusulas pétreas.* (eDOC 66, p.17)

Frisa que, diferentemente das leis ordinárias e complementares, a

ADI 5935 / DF

edição de emendas constitucionais não é limitada pelo disposto em toda e qualquer norma da Constituição, mas apenas pelos princípios e regras que constituem a própria identidade da lei maior (MS 34.448, Rel. Min. Roberto Barroso, Decisão Monocrática, DJe 13.10.2016).

Afirma que os limites materiais ao poder de reforma constitucional somente se aplicam quando há violação ao núcleo essencial dos preceitos do art. 60, §4º, IV, da CFRB, citando a ADI 2.024:

“I. Ação direta de inconstitucionalidade: seu cabimento - sedimentado na jurisprudência do Tribunal - para questionar a compatibilidade de emenda constitucional com os limites formais ou materiais impostos pela Constituição ao poder constituinte derivado: precedentes. II. Previdência social (CF, art. 40, § 13, cf. EC 20/98): submissão dos ocupantes exclusivamente de cargos em comissão, assim como os de outro cargo temporário ou de emprego público ao regime geral da previdência social: arguição de inconstitucionalidade do preceito por tendente a abolir a "forma federativa do Estado" (CF, art. 60, § 4º, I): improcedência. 1. A "forma federativa de Estado" - elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República - não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege. 2. À vista do modelo ainda acentuadamente centralizado do federalismo adotado pela versão originária da Constituição de 1988, o preceito questionado da EC 20/98 nem tende a aboli-lo, nem sequer a afetá-lo. (...) 6. A auto-aplicabilidade do novo art. 40, § 13 é questão estranha à constitucionalidade do preceito e, portanto, ao âmbito próprio da ação direta. (ADI 2.024, Rel. Min.

ADI 5935 / DF

Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJe 22.06.2007).

Portanto, nem toda modificação nos preceitos materialmente pétreos implicaria vício de inconstitucionalidade de emenda constitucional, pois, para que isso se configure, deve haver tendência a aboli-los. Como precedentes, cita a ADI 2.395, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ 23.05.2008. Assim, o acolhimento da tese representaria engessamento da Constituição, com perpetuação de todas as regras que materializem determinado aspecto de algum direito fundamental – o que não consiste em objetivo das cláusulas pétreas.

Assevera que o concurso público é instrumento de materialização do princípio da igualdade, mas que nem toda exceção configura ofensa ao princípio, pois somente as reformas constitucionais que impliquem efetiva violação ao núcleo essencial das cláusulas pétreas são vedados pela ordem constitucional. Pugna pelo não conhecimento da presente ação direta e, no mérito, pela improcedência do pedido formulado pela requerente. Cita, ainda, a ADI n.º 2666, em que se entendeu que *“exceção pontual à incidência de uma regra constitucional, sem implicar sua efetiva supressão, não configura violação às cláusulas pétreas.”*

Do mesmo modo, não haveria ofensa aos princípios da moralidade e da impessoalidade. Nesse aspecto, o diploma impugnado conteria regra específica quanto à necessidade de efetiva comprovação do direito ao enquadramento, a fim de evitar fraudes. Ressalta que a Portaria n.º 4.481/95 não foi considerada ilegal pelo TCU, que apenas determinou a exclusão da folha de pagamento da União de pessoal admitidos irregularmente, tanto que o texto da norma expressamente ressalva aqueles que excluídos por decisão do Tribunal de Contas da União.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se (eDOC 74) em parecer assim ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL 98/2017. INCLUSÃO EM QUADRO EM EXTINÇÃO DA UNIÃO DE PESSOAS QUE MANTIVERAM QUALQUER ESPÉCIE DE VÍNCULO COM

ADI 5935 / DF

OS EX-TERRITÓRIOS E COM OS ESTADOS DO AMAPÁ E RORAIMA E SEUS MUNICÍPIOS. MODIFICAÇÃO QUE ATINGE NÚCLEO ESSENCIAL DAS CLÁUSULAS PÉTREAS CONSAGRADAS NO PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE ACESSO A CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS E NA ÉTICA REPUBLICANA DENSIFICADA EM VALORES COMPONENTES DA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA – NOTADAMENTE O POSTULADO DA RESPONSABILIDADE FISCAL. 1. Não ocorre o efeito repristinatório indesejado quando a norma revogada não possui a mesma inconstitucionalidade da norma revogadora, objeto da ação direta. O questionamento quanto ao alcance dado pela EC 98/2017 ao art. 31 do ADCT/1988 não atinge as redações anteriores do preceito transitório. 2. A proteção do art. 60-§4.º-IV da Constituição aos direitos e garantias individuais abrange os princípios fundamentais a eles relacionados e as regras básicas deles indissociáveis. 3. O princípio da igualdade reduz direito fundamental protegido como cláusula pétrea no art. 60-§4.º-IV da Constituição, impondo-se como limite. O constituinte derivado não detém permissão para modificar o texto da Constituição com intuito de reduzir significativamente elemento essencial de proteção do ideal republicano: a igualdade plasmada na exigência do concurso público em sua feição de acesso universal a cargos e empregos públicos. 4. A ética republicana, densificada nos valores constitucionais da probidade, moralidade, impessoalidade e transparência, é aspecto essencial para consolidação de uma identidade constitucional democrática e, portanto, deve ser considerada, nessa dimensão, limite implícito ao poder de reforma da Constituição. 5. A criação de despesa obrigatória decorrente da inclusão de número incalculável de pessoas nos quadros de servidores da administração pública federal sem prévia estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro afronta o postulado da responsabilidade fiscal concretizado no art. 113 do ADCT/1988, inserido pela EC 95/2016, que também se qualifica como cláusula pétrea. 6. A EC 98/2017 ampliou de forma

ADI 5935 / DF

excessiva as formas de vínculo com os ex-Territórios e com os Estados do Amapá e Roraima e seus Municípios que ensejariam direito de optar por integrar quadro em extinção da administração pública federal e, com isso, reduziu significativamente o núcleo de proteção da igualdade de acesso a cargos e empregos públicos e o postulado republicano densificado nos valores da probidade, moralidade, impessoalidade, transparência e responsabilidade fiscal – cláusulas pétreas inseridas no art. 60-§4.º-IV da Constituição. - Parecer pelo conhecimento da ação e procedência do pedido, nos termos da petição inicial.”

Os pedidos de ingresso como *amici curiae* formulados pelo SINDEP, SINSEPEAP, SSMM e SINPOL (eDOC 20), SINDEFISCO (eDOC 32), Estado do Amapá (eDOC 38), Município de Macapá (eDOC 46), STIUAP (eDOC 53), SINJAP (eDOC 62), Estado de Rondônia (eDOC 68), SINDSEP/RR (eDOC 71) e ANERSEJUBRA (eDOC 92) foram deferidos, pois a matéria é dotada de relevância e há representatividade de cada entidade em relação aos mais diversos segmentos da sociedade, que poderão contribuir de forma significativa e a dialógica para o deslinde da causa.

É o relatório.

22/05/2020

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.935 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Inicialmente, reputo preenchidos os requisitos de cabimento da presente Ação Direta.

Preliminarmente:

Com efeito, o objeto é ato normativo dotado de abstração e generalidade e a parte requerente é ente legitimado universal para propor ações de controle concentrado (art. 103, VI, da Constituição Federal).

A União (e DOC 66) alega que não houve impugnação adequada de todo complexo normativo referente ao dispositivo atacado, o que impediria o conhecimento da ação. Sustenta que o efeito repristinatório revigoraria as redações anteriores do art. 31 do ADCT.

Porém, como argumentou a Procuradoria-Geral da República (eDOC 74), a impugnação é precisamente quanto à redação conferida pela Emenda Constitucional n.º 98/2017, pois esta foi a única a permitir que todo aquele que tenha mantido qualquer espécie de vínculo com os ex-Territórios e com os Estados do Amapá e Roraima e seus municípios, até outubro de 1993, inclusive com suas empresas públicas e sociedade de economia mista, pudesse optar por integrar quadro extinção da União. A impugnação é, pois, precisa e específica em relação a essa ampliação conferida pela EC n.º 98/2017.

No mérito, a questão discutida envolve fundamentos constitucionais cujo papel é central no ordenamento pós-1988, ao mesmo tempo em que impõe a esta Corte o papel de determinar o ponto limítrofe entre princípio constitucional e cláusula pétrea.

Chamadas *eternity clauses* pela doutrina de direito constitucional comparado, as cláusulas pétreas, como princípios propositalmente inveterados pelo constituinte originário, guardam íntima correlação à história dos países que as adotam (FRIEDMAN, Andrew. Dead Hand Constitutionalism: Honduras and the danger of Eternity Clauses in new

ADI 5935 / DF

democracies. *Mexican Law Review*, Vol. IV, nº 1, p. 78-96, 26 de agosto de 2010).

Observa-se, na história recente, que novas ordens constitucionais instituídas em superação de regimes autoritários, marcados pela violação sistemática de direitos humanos fundamentais e pela lesão à autoridade popular, timbraram o alvorecer de suas democracias com mecanismos para vedar o retrocesso dos direitos ora conquistados.

A Alemanha, precursora no estabelecimento de cláusulas pétreas, esboçou o desenvolvimento dessa espécie de norma na Constituição de Weimar, após a Primeira Guerra Mundial (1919) (*Verfassung des Deutschen Reichs* [Constitution of the German Reich], Aug. 11, 1919, RGBl. I at 1382, Artigo nº 76). Entretanto, diante da insuficiência desses preceitos para barrar os posteriores avanços do regime nazista no país, os constituintes do pós-Segunda Guerra Mundial criaram, em 1949, disposições constitucionais imperativas para avigorar a eficácia e permanência material dos objetivos estabelecidos pelo novo regime constitucional. Inauguraram, desse modo, normas constitucionais estratificadas divididas em duas categorias: aquelas emendáveis e aquelas imutáveis (*Ewigkeitsklausel*) (PREUSS, Ulrich K. The implications of Eternity Clauses: The German Experience. *Israel Law Review*, Vol. 44:429, p. 429-448, 2011).

Em alinhamento à configuração alemã, as cláusulas pétreas despontaram em constituições por todo o mundo, havendo estimativa de que 42% (quarenta e dois por cento) das constituições promulgadas após a Segunda Guerra Mundial as preveem de um modo ou de outro (ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: The Migration and Success of a Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, Vol. 61, p. 657-719, 2013). Dentre elas está a Constituição Brasileira de 1988, que, obedecendo ao padrão histórico, veio para arrefecer e combater os efeitos do período de regime militar.

Uma vez estabelecidas, as cláusulas pétreas permanecem no cerne do acordo político estabelecido pelas constituições que as adotam como garantia da sobrevivência desse acordo.

Desse modo, a disposição do que é cláusula pétrea radica

ADI 5935 / DF

profundamente na concretização de aprendizados históricos. Assim, por exemplo, os direitos e liberdades individuais, discutidos no caso em tela face à proteção do art. 60, §4º, IV, da nossa Carta Maior, foram alçados à eternidade em diversas constituições estrangeiras, podendo-se citar a de países como Portugal (art. 288, d), Rússia (art. 135, 1), Marrocos (art. 175), República Democrática do Congo (art. 101), Guatemala (art. 40 c/c 281) e Kosovo (art. 144, 3).

Impende notar que, apesar da expansão das “cláusulas eternas” no século XX, já havia limitações à alteração constitucional em momentos pretéritos. Conforme o magistério de Sarlet, no caso do sistema constitucional brasileiro, a previsão de limites à reforma constitucional se faz presente desde a Constituição Imperial de 1824, que estipulava quórum qualificado para a alteração de matérias constitucionais específicas (SARLET, Ingo Wolfgang. *Do poder constituinte e da mudança (reforma e mutação) constitucional*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 129). A primeira Constituição republicana, por sua vez, foi além de limitações formais, para implementar elementos materiais imutáveis como a forma republicano-federativa e a igualdade de representação dos Estados no Senado Federal (art. 90, §4º).

As constituições posteriores, de 1934, 1946 e 1967, igualmente previam limites materiais ao constituinte reformador, mas nenhuma delas elevou os direitos e garantias individuais à imutabilidade. Essa foi disposição marcante da Constituição de 1988, em especial consideração ao histórico recente à sua promulgação:

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...)

§ 4º **Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:**

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

ADI 5935 / DF

IV - os direitos e garantias individuais.”

Cabe, para a resolução da presente demanda, esquadrihar o que é, na linha dos precedentes desta Casa, o núcleo essencial e inatingível dos direitos e garantias individuais, o que configura emenda tendente a abolir e, ainda, os parâmetros que devem ser utilizados para respondermos a essas questões.

As dificuldades postas pela própria existência de cláusulas pétreas já foram alvo de debate pelos ministros desta Suprema Corte. Entende o Min. Roberto Barroso que, *“por se tratar se limitações ao poder de deliberação das maiorias – elemento inerente à democracia –, as cláusulas pétreas devem ser interpretadas com comedimento”*, permitida a censura apenas às emendas constitucionais que, uma vez aprovadas, atinjam o núcleo essencial da cláusula pétrea, esvaziando ou minimizando em excesso a proteção conferida pelo direito (MS 34.448-MC, Decisão Monocrática Min. Roberto Barroso, DJe 13.10.2016, p. 11).

No mesmo sentido, aduziu o Min. Gilmar Mendes que esta Corte *“tem deixado bem claro que os limites materiais ao poder de reforma constitucional não impedem toda e qualquer modificação do texto constitucional, mas apenas aquelas que implicam efetiva violação de seu núcleo essencial”* (ADI 2.395, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 23.05.2008, p. 128). Sob o prisma da teoria constitucional de Carl Schmitt, continua o Min. Gilmar Mendes, a Constituição prescinde de declarar a imutabilidade de determinados princípios, desde que a sua revisão não afete sua continuidade e identidade.

Igualmente adotou esse pressuposto o voto condutor da ADI 3.367, do Min. Cezar Peluso, ao determinar o núcleo essencial da independência funcional do dos poderes, conforme o art. 60, §4º, III, da CFRB:

“A independência suporta, na sua feição constitucional, teores diversos de autonomia administrativa, financeira e disciplinar. Na verdade, ela só considera invulnerável, como predicado essencial do sistema da separação, quando concreta redução de seu âmbito primitivo importe, em dano do

ADI 5935 / DF

equilíbrio e estabilidade entre os Poderes, transferência de prerrogativas a outro deles, ainda que não chegue a caracterizar submissão política. Ou, no que concerne ao Judiciário, quando outra forma de supressão de atribuições degrade ou estreite a imparcialidade jurisdicional.

Fora dessas hipóteses, **nada obsta que o constituinte reformador lhe redesenhe a configuração histórica, mediante reorganização orgânica e redistribuição de competências no âmbito da estrutura interna do Judiciário**, sem perda nem deterioração das condições materiais de isenção e imparcialidade dos juízes.” (ADI 3.367, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, DJ 17.03.2006, p. 209).

Destarte, o constituinte derivado pode refazer desenhos institucionais, mas não pode desfigurá-los. Determinar o limite dessa atividade é paradoxo entre (1) não permitir a eliminação do núcleo essencial da Constituição, mediante decisão ou gradual processo de erosão, nem ensejar que uma interpretação ortodoxa ou atípica acabe por colocar a ruptura como alternativa à impossibilidade de um desenvolvimento constitucional legítimo (ADI 2.395, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 23.05.2008, p. 129) e entre (2) encontrar o ponto de equilíbrio que preserve o núcleo de identidade da Constituição sem promover o engessamento da deliberação democrática por parte do Congresso (MS 34.448-MC, Decisão Monocrática, Min. Roberto Barroso, DJe 13.10.2016, p. 11).

Sob essa ótica, tem-se que, neste caso, prejudicial à análise do caráter, ou não, de cláusula pétrea do princípio do concurso público e dos princípios da administração pública (art. 37, *caput*, I e II, CFRB), é aferir se a Emenda Constitucional questionada afeta, de fato, o núcleo essencial desses princípios, postos sob a luz do direito individual à igualdade (art. 5º, *caput*, CFRB).

Isso, pois para que se declare a inconstitucionalidade de emenda à Constituição, não basta violação em tese dos princípios pétreos, mas sim efetiva corrosão da identidade constitucional, a ponto de engendrar

ADI 5935 / DF

tendência a abolir seus respectivos núcleos essenciais.

O argumento veiculado na inicial é de que é dado apenas ao constituinte originário excepcionar o princípio do concurso público que sedimentou na Constituição, corolário da administração proba. Assim, a EC 98/2017 teria ultrapassado os limites do poder constituinte derivado.

Com efeito, os princípios da Administração Pública e o instituto do concurso público são axiomas republicanos centrais ao projeto democrático de nossa Constituição, cujo norte isonômico e garantidor de uma miríade de direitos de segunda dimensão não poderia apontar para outro método de recrutamento de servidores públicos.

É que o direito de acesso aos cargos, empregos e funções públicas baseia-se na igualdade de condições aos candidatos e na imparcialidade da administração para selecioná-los, indicativo de que o concurso veda favorecimentos e perseguições pessoais, bem como situações de nepotismo, em ordem a demonstrar que o real escopo da Administração é o de selecionar os melhores candidatos (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 675).

Na linha dos precedentes citados pela requerente, o entendimento desta Corte é de firme e constante censura a diplomas infraconstitucionais que burlem a exigência de concurso público e a impessoalidade na seleção de candidatos. A esse respeito, podem ser

ADI 5935 / DF

citadas as Súmulas Vinculantes nº 13¹ e 43² e as Súmulas nº 683³ e 684⁴

Contudo, tratando-se, *in casu*, de controle concentrado em face do próprio poder constituinte, não há violação ao núcleo essencial do princípio do concurso público, pois a norma não tende a aboli-lo da ordem constitucional, mas apenas deixa de aplicá-lo a caso reconhecidamente excepcional.

Colimando dos elementos trazidos em sede de prestação de informações, verifica-se diversos elementos socioeconômicos que justificam o tratamento diferenciado aos servidores beneficiados pelos dispositivos impugnados, o que, pelo prisma da equidade, mostra-se juridicamente possível e consentâneo ao estabelecido pelo constituinte originário de 1988.

Há de se considerar, nesse diapasão, o movimento histórico para povoar as regiões de baixa densidade populacional, como o Norte e Centro-Oeste do Brasil, iniciado por Getúlio Vargas na Marcha para o Oeste, intensificado por Juscelino Kubitschek no Plano de Metas e continuado pelos governos posteriores com um conjunto de políticas de estímulo à migração para esses locais.

O interesse nacional no povoamento dessas regiões foi presente na prevenção à invasões estrangeiras e na absorção de excedentes

1 A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

2 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.

3 O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

4 É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público.

ADI 5935 / DF

populacionais de outras regiões, com ocupação de vazios demográficos e promoção de desenvolvimento equânime no país, apesar da dificuldade na habitação de lugares com pouca infraestrutura e aridez climática.

Esse projeto foi continuado por mais de meio século, com políticas de integração geográfica do País que incluíram a construção de rodovias e infraestrutura urbana, bem como fomento industrial regional. Todavia, as políticas governamentais amiúde falharam em acompanhar o ritmo das migrações.

A esse respeito, pode-se citar exemplo notório da construção do Distrito Federal, cujo planejamento urbano focalizou-se na acomodação da máquina burocrática do núcleo político-administrativo nos arredores do Plano Piloto, desconsiderando a necessidade de alocar aqueles que deixaram suas vidas para construir Brasília e, bem assim, semeando problemas estruturais que até hoje persistem na capital brasileira.

A política de incentivos por meio da garantia de estabilidade veio justamente para coibir cenários como aquele, buscando garantir segurança empregatícia aos que colaboraram para a consecução de outra cláusula pétrea: a Federação (art. 60, §4º, I). Parte desse princípio consiste na busca pelo desenvolvimento de cada ente federativo, com erradicação da pobreza e redução das desigualdades regionais (art. 3º, III, CRFB), sendo prerrogativa da União atuar nesse sentido (art. 43, CRFB) também no exercício de seu Poder Legislativo.

Sobre o ponto, confira-se trecho da justificação da Emenda aqui discutida:

“A verdade é que a transformação dos ex-Territórios em Estados foi, sim, um trabalho árduo, realizado sob condições muito distantes do ideal. Não havia apenas riscos nos planos pessoal ou familiar. Também as condições de trabalho, o exercício profissional, eram muito precários, chegando, por vezes, a serem penosos. Menos ainda se tinha segurança jurídica, pois tudo estava por ser feito. O aparato jurídico-normativo era um edifício em suas fases iniciais de construção. A administração pública era, meramente, um fato.

ADI 5935 / DF

Naturalmente, os primeiros a chegar – os pioneiros – foram muito penalizados. E ainda piores foram as condições a que se submeteram os que ousaram ir mais longe, afastando-se rumo aos pontos mais distantes do território estadual.

Nesse contexto, é preciso fazer justiça. Reconhecer e declarar que muitas das situações de fato, vividas à época, retratavam importantes **vínculos ou relações de trabalho entre o Estado e o particular, das quais o interesse público muito se favoreceu. Precisamos, agora, retribuir, ao menos parcialmente, o muito que essas pessoas contribuíram** não apenas para que se implantasse o poder público local, mas, principalmente, para que Roraima e o Amapá se erguessem como unidades da federação.”

A meu sentir, trazer efetivação aos que se dedicaram à construção de infraestrutura e à promoção de desenvolvimento em áreas menos habitadas do país, em serviço ao interesse nacional, traduz-se na *“igualação de iguais e tratamento diversificado apenas daqueles que se diversifiquem segundo critérios de justiça racionalmente postos e suficientemente motivados”* (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990, p. 39. Cf. Prestação de Informações do Senado Federal (eDOC 29, p. 12).

Não é outra a interpretação desta Corte sobre o princípio da igualdade, irrestrita ao seu aspecto formal:

“Direito Constitucional. Ação Direta de Constitucionalidade. Reserva de vagas para negros em concursos públicos. Constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Procedência do pedido. 1. É constitucional a Lei nº 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, por três fundamentos. 1.1. Em primeiro lugar, a **desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia.**

ADI 5935 / DF

Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente. 1.2. Em segundo lugar, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator “raça” como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma “burocracia representativa”, capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais. (...) (ADC 41, Rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, DJe 17.08.2017).”

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.146/2015 (arts. 28, § 1º e 30, caput, da Lei nº 13.146/2015). 1. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o **princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana**. 2. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita. 3. Nessa toada, a Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II,

ADI 5935 / DF

24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244. 4. Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta. 5. O enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente. 6. É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB). (...) (ADI 5.357-MC, Rel. Min. Edson Fachin, Pleno, DJe 11.11.2016).”

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas

ADI 5935 / DF

vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – **Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. (...)** VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. (...) (ADPF 186, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe 20.10.2014).”

Mais do que isso, a construção desse parâmetro fático de igualdade, princípio que a requerente argui ter sido violado, foi realizada sob o crivo do processo constitucional de alto quórum, traduzindo-se em vontade republicana.

Essa excepcionalidade indica que não será toda e qualquer emenda constitucional que eventualmente ressalve a exigência de concurso público que respeitará o princípio da igualdade, este, sim, cláusula pétrea.

ADI 5935 / DF

Não houve, assim, afronta ao núcleo essencial da igualdade ou tendência a abolir o princípio do concurso público, mas sim uma exceção temporária com prazo de validade, sem aptidão alguma para extinguir os certames públicos da realidade brasileira.

Do mesmo modo, a Emenda não desfigurou o art. 37, *caput* e incisos I e II da CFRB, apenas excepcionou sua aplicação por motivo coerente aos outros objetivos constitucionais direcionados à justiça social. Utilizou-se desse mesmo raciocínio o voto condutor da ADI 2.666, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 06.12.2002, assim ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTRIBUIÇÃO PROVISÓRIA SOBRE MOVIMENTAÇÃO OU TRANSMISSÃO DE VALORES E DE CRÉDITOS E DIREITOS DE NATUREZA FINANCEIRA-CPMF (ARTS. 84 E 85, ACRESCENTADOS AO ADCT PELO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 37, DE 12 DE JUNHO DE 2002). (...) 3 - Ausência de inconstitucionalidade material. O § 4º, inciso IV do art. 60 da Constituição veda a deliberação quanto a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Proibida, assim, estaria a deliberação de emenda que se destinasse a suprimir do texto constitucional o § 6º do art. 195, ou que excluísse a aplicação desse preceito a uma hipótese em que, pela vontade do constituinte originário, devesse ele ser aplicado. A presente hipótese, no entanto, versa sobre a incidência ou não desse dispositivo, que se mantém incólume no corpo da Carta, a um caso concreto. Não houve, no texto promulgado da emenda em debate, qualquer negativa explícita ou implícita de aplicação do princípio contido no § 6º do art. 195 da Constituição. 4 - Ação direta julgada improcedente.”

Nessa linha:

“I. Ação direta de inconstitucionalidade: seu cabimento - sedimentado na jurisprudência do Tribunal - para questionar a

ADI 5935 / DF

compatibilidade de emenda constitucional com os limites formais ou materiais impostos pela Constituição ao poder constituinte derivado: precedentes. II. Previdência social (CF, art. 40, § 13, cf. EC 20/98): submissão dos ocupantes exclusivamente de cargos em comissão, assim como os de outro cargo temporário ou de emprego público ao regime geral da previdência social: argüição de inconstitucionalidade do preceito por tendente a abolir a "forma federativa do Estado" (CF, art. 60, § 4º, I): improcedência. 1. A "forma federativa de Estado" - elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República - não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as **limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.** 2. À vista do modelo ainda acentuadamente centralizado do federalismo adotado pela versão originária da Constituição de 1988, **o preceito questionado da EC 20/98 nem tende a aboli-lo, nem sequer a afetá-lo. (...)**" (ADI 2.024, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJe 22.06.2007).

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Emenda Constitucional no 15/1996, que deu nova redação ao § 4º do art. 18 da Constituição Federal. Modificação dos requisitos constitucionais para a criação, fusão, incorporação e desmembramento de municípios. 3. Controle da constitucionalidade da atuação do poder legislativo de reforma da Constituição de 1988. 4. Inexistência de afronta à cláusula pétrea da forma federativa do Estado, decorrente da atribuição, à lei complementar federal, para fixação do período dentro do qual poderão ser efetivadas a criação, a incorporação, a fusão e

ADI 5935 / DF

o desmembramento de municípios. Precedente: ADI nº 2.381-1/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.12.2001. 5. Ação julgada improcedente.” (ADI 2.395, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe 23.05.2008).

Ainda há que se apontar não ser a Emenda Constitucional 98/2017, ora discutida, a única no ordenamento a garantir efetivação aos trabalhadores de Ex-Territórios. Com o mesmo intento, a EC 38/2002, redação atual dada pela EC 60/2009, inclui tratamento diferenciado aos servidores do Ex-Território Federal de Rondônia, *in verbis*:

“Art. 89. Os integrantes da carreira policial militar e os servidores municipais do ex-Território Federal de Rondônia que, comprovadamente, se encontravam no exercício regular de suas funções prestando serviço àquele ex-Território na data em que foi transformado em Estado, bem como os servidores e os policiais militares alcançados pelo disposto no art. 36 da Lei Complementar nº 41, de 22 de dezembro de 1981, e aqueles admitidos regularmente nos quadros do Estado de Rondônia até a data de posse do primeiro Governador eleito, em 15 de março de 1987, constituirão, mediante opção, quadro em extinção da administração federal, assegurados os direitos e as vantagens a eles inerentes, vedado o pagamento, a qualquer título, de diferenças remuneratórias.”

Considerando a existência de outras exceções no ordenamento pátrio, tais como a estabelecida pela norma impugnada, alega a requerente que o problema da EC 98/2017 seria o alargamento excessivo da possibilidade de estabilidade, vício de que não padeceriam as Emendas 19/1998, 38/2002, 60/2009 e 79/2014, pois o conteúdo normativo destas últimas consistiria em adequada exceção aos princípios da administração pública.

Ainda que a redação da Emenda 98/2017 esteja vocacionada a abranger um universo maior, trata-se de um opção do constituinte derivado justificada pela excepcionalidade da situação. O critério quanto

ADI 5935 / DF

ao parâmetro do que constitui o tal alargamento excessivo foi por este analisado, inclusive quanto às questões orçamentárias dela derivadas. A Emenda Constitucional foi seguida da Medida Provisória n.º 817/2018, convertida na Lei n.º 13.681/2018 e do Decreto .

Por fim, impende anotar o signo interpretativo eminentemente voltado ao indivíduo, conectado diretamente à dignidade da pessoa humana, que vem sido dado à proteção estabelecida pelo art. 60, §4º, IV, de nossa Carta Maior. Remetendo ao início deste voto, que rememorou o histórico das cláusulas eternas e seu nobre propósito de coibir a repetição de violações aos direitos humanos, há de se reconhecer que o sentido primeiro dessa proteção é a integridade do indivíduo como fim em si mesmo (KANT, Immanuel. *Fundamentação Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007).

Apesar da possibilidade de que os direitos do indivíduo *stricto sensu* irradiem para os seus direitos de vivência em sociedade, donde incluem-se os direitos políticos (ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 10.08.2006), certo é que a característica originária da proteção eterna aos direitos e garantias individuais jaz na constatação histórica de que a coletividade não pode suprimir a integridade física e a liberdade individuais.

Assim, a cláusula pétrea estabelecida pelo art. 60, §4º, IV, da CFRB, considera que “o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que mulheres e homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum” (UNICEF. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. ONU: 1948, preâmbulo. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>). Não é, no entanto, o caso da norma questionada.

Ante o exposto, deve-se reconhecer constitucional o dispositivo impugnado, e, por conseguinte, julgar improcedente a presente ação direta.

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.935

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN

REQTE.(S) : PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : MESA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : MESA DO SENADO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS CIVIS DO ESTADO DO AMAPÁ-SINDSEP

AM. CURIAE. : SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS EM EDUCAÇÃO NO AMAPÁ - SINSEPEAP/AP

AM. CURIAE. : SINDICATO DOS SERVIDORES MUNICIPAIS DE MACAPÁ

AM. CURIAE. : SINDICATO DOS POLICIAIS CIVIS DO ESTADO DO AMAPÁ - SINPOL

ADV.(A/S) : JOSE LUIS WAGNER (1235-A/AP, 17183/DF, 18061/PR, 125216/RJ, 18097/RS, 15111/SC)

AM. CURIAE. : SINDICATO DOS AUDITORES E FISCAIS DO GRUPO DE TRIBUTAÇÃO, ARRECADAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DA SECRETARIA DA RECEITA DO ESTADO DO AMAPÁ - SINDIFISCO/AP

ADV.(A/S) : DANILO MORAIS DOS SANTOS (50898/DF)

AM. CURIAE. : ESTADO DO AMAPÁ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ

AM. CURIAE. : MUNICÍPIO DE MACAPÁ

ADV.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE MACAPÁ

AM. CURIAE. : SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS URBANAS DO ESTADO DO AMAPÁ - STIUAP

ADV.(A/S) : RENATA COSTA CABRAL DE CASTRO (17906/AP)

AM. CURIAE. : SINDICATO DOS SERVENTUÁRIOS DA JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAPÁ - SINJAP

ADV.(A/S) : CESAR FARIAS DA ROSA (1462-A/AP)

AM. CURIAE. : SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS CIVIS DO ESTADO DE RORAIMA - SINDSEP/RR

ADV.(A/S) : ANTONIO ONEILDO FERREIRA (155/RR)

ADV.(A/S) : FLORANY MOTA (855/RR)

ADV.(A/S) : FELIPE KALIU (1647/RR)

AM. CURIAE. : ESTADO DE RONDÔNIA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS ENTIDADES REPRESENTATIVAS DOS SERVIDORES DA JUSTIÇA BRASILEIRA - ANERSEJUBRA

ADV.(A/S) : MAURI RAUL COSTA (54304/SC)

ADV.(A/S) : LAERCIO RAIMUNDO BIANCHI (115096A/RS, 51842/SC)

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu da ação direta e julgou improcedente o pedido formulado, nos termos do voto do Relator. Falou, pelo *amicus curiae* Estado do Amapá, o Dr. Davi

Machado Evangelista, Procurador do Estado. Plenário, Sessão Virtual de 15.5.2020 a 21.5.2020.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário