

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP

MARÍLIA RAFAELLA PIRES

**A ATUAÇÃO DAS CORTES DE CONTAS E O ARTIGO 19 DO ATO DAS
DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS - ADCT**

**GOIÂNIA-GO
2017**

MARÍLIA RAFAELLA PIRES

**A ATUAÇÃO DAS CORTES DE CONTAS E O ARTIGO 19 DO ATO DAS
DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS - ADCT**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Controle Externo e Governança Pública.

**GOIÂNIA-GO
2017**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

PIRES, Marília Rafaella

A atuação das Cortes de Contas e o artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT / Marília Rafaella Pires - Goiânia, 2017.

81 fls.

Monografia necessária à conclusão da Pós-Graduação em Controle Externo e Governança Pública. Instituto Brasiliense de Direito Público, 2017.

1. Controle Externo; 2. Registro de Atos de Admissão e de Aposentadoria; 3. Direito Constitucional; 4. Concurso Público; 5. Artigo 19 do ADCT.

Índice para catálogo

MARÍLIA RAFAELLA PIRES

**A ATUAÇÃO DAS CORTES DE CONTAS E O ARTIGO 19 DO ATO DAS
DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS - ADCT**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Controle Externo e Governança Pública.

Monografia jurídica defendida e aprovada em _____ de _____ de 2017, pela Banca Examinadora constituída por:

Nota: _____

Prof. Ms. Bruno Magalhães D'Abadia
Professor Orientador

Nota: _____

Média: _____

**GOIÂNIA-GO
2017**

AGRADECIMENTOS

A Deus pela dádiva da vida e por todas as bênçãos concedidas.

Aos meus pais que, apesar da distância, representaram um abrigo seguro e motivador dos meus esforços.

Ao Danilo, pela atenção e suporte.

Ao Procurador Eduardo Luz Gonçalves pela inspiração e apoio.

Ao Professor Bruno Magalhães D'Abadia pela acolhida e ensinamentos.

RESUMO

Objetiva-se, neste estudo, investigar, se a competência das Cortes de Contas para apreciar a legalidade, para fins de registro, dos atos de admissão e aposentadoria abrange os atos referentes aos servidores estabilizados – agraciados com o favor concedido pelo artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT. Para tanto, tendo em vista que essa norma excepcional comporta inúmeros vieses interpretativos e suscita diversas questões cujas respostas não constam, de forma expressa, do texto constitucional, buscar-se-á, ao longo do estudo, traçar a correta exegese da norma. Destarte, inicialmente, procurar-se-á desvelar sua natureza jurídica - o que pressupõe a diferenciação entre os institutos da efetividade, estabilidade e estabilização - e, na sequência, definir os beneficiários desse favor constitucional. A seguir, investigar-se-á qual o regime de previdência dos servidores estabilizados, considerando que o texto constitucional é omissivo quanto a essa questão – a qual, todavia, se revela imprescindível para definir se os atos de aposentadoria desses servidores estão submetidos à fiscalização e registro pelas Cortes de Contas. Na sequência, analisar-se-á, a (im)possibilidade de concessão de melhorias funcionais aos estabilizados e o papel do controle exercido pelos Tribunais de Contas na consecução desse tratamento diferenciado. Por fim, verificar-se-á a possibilidade de se conceder uma interpretação elástica ao artigo 19 do ADCT, bem como, analisar-se-á, com o desiderato de avaliar a aplicação da norma na prática, alguns julgados do Tribunal de Contas do Estado de Goiás – TCE/GO.

Palavras-chave: Tribunal de Contas – Registro dos Atos de Admissão e de Aposentadoria – Concurso Público – Artigo 19 do ADCT.

ABSTRACT

This work has the purpose to investigate if the competence of the Court of Auditors to assess the legality of the admission and dismissal acts, in order to record them, includes the acts related to the government employees stabilized – benefited for the article 19 of Transitory Constitutional Disposition Acts – ADCT. Therefore, considering that this article (article 19 of ADCT) allows several interpretations and raises many questions whose answers are not mentioned, expressly, in the constitutional text, it'll search, throughout the study, to find the correct interpretation of the rule. In this way, firstly, it'll be analyze the legal nature of the benefit – that requires a distinction between effectiveness, stability e stabilization – and, in the following, to define the beneficiaries of this constitutional favor. Next, it'll be investigate which one is the Social Security Regime of the government employees stabilized, because the Federal Constitution is silent about this – however this question is essential to define if the dismissal acts of these government employees are subject to the jurisdiction of the Court of Auditors. In the sequence, it'll be examine the possibility of stabilized to be contemplated with functional improvements and the control role exercised by the Court of Auditors in this favorable treatment. Finally, it'll be verify the possibility to concede a broad interpretation to the article 19 of ADCT, as well it'll be analyze some cases judged for the Court of Auditors of Goiás, in order to measure the rule in practice.

Keywords: Court of Auditors – Register of Admission and Dismissal Acts– Public Tender - Article 19 of ADCT

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO 1 - DA COMPETÊNCIA DAS CORTES DE CONTAS PARA A APRECIÇÃO DA LEGALIDADE PARA FINS DE REGISTRO DOS ATOS DE ADMISSÃO E DE APOSENTADORIA....	12
CAPÍTULO 2 - DO ARTIGO 19 DO ADCT: O SERVIDOR PÚBLICO ESTABILIZADO	25
2.1 DA EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO EM CARGO E EMPREGO PÚBLICO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	25
2.2 DO FAVOR CONSTITUCIONAL CONCEDIDO PELO ARTIGO 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS	35
2.3 DO REGIME DE PREVIDÊNCIA DO SERVIDOR ESTABILIZADO E DA COMPETÊNCIA DAS CORTES DE CONTAS	45
CAPÍTULO 3 - DA EXCEPCIONALIDADE DO ARTIGO 19 DO ADCT E OS DESDOBRAMENTOS PRÁTICOS.....	51
3.1 DA VEDAÇÃO DE MELHORIAS FUNCIONAIS AOS SERVIDORES ESTABILIZADOS.....	51
3.2 DO CARÁTER EXCEPCIONAL DA NORMA INSCULPIDA NO ARTIGO 19 DO ADCT.....	54
3.3 DO TRATAMENTO DADO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE GOIÁS AO ARTIGO 19 DO ADCT.....	61
3.3.1 METODOLOGIA PARA OBTENÇÃO DOS JULGADOS.....	61
3.3.2 DO EXAME DOS JULGADOS.....	61
CONCLUSÃO.....	71
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	78

INTRODUÇÃO

A seleção de pessoas para prestar serviços ao Estado, na qualidade de empregados, sempre foi, desde os primórdios da antiguidade, objeto de constante preocupação daqueles que ocupavam o poder. Sempre se desejou encontrar um processo eficiente para essa escolha, considerando que dela dependeria o adequado desempenho da atividade administrativa.

A partir da promulgação da Constituição de 1891, se passou a adotar, como forma de governo, a República, cuja diretriz encontra guarida, atualmente, no art. 1º, caput, da Constituição Federal de 1988 – CF/88. Desde então, o sistema constitucional pátrio funda suas bases no princípio republicano, que, por sua vez, se assenta no *princípio do mérito*, o qual espraia sua força normativa por todo o ordenamento jurídico brasileiro, servindo de baliza para todos os Poderes do Estado.

Nesta lógica, passou-se a exigir, a começar da Constituição de 1934, a submissão ao concurso público para investidura em cargo público, haja vista que, o concurso público é o instrumento que melhor representa o *sistema do mérito*, pois traduz um certame no qual todos podem participar nas mesmas condições, permitindo, assim, que sejam escolhidos realmente os melhores candidatos.

No texto constitucional em vigor, a exigência do concurso público encontra-se positivada no artigo 37, inciso II, e tem ganhado cada vez mais destaque na seara da Administração Pública considerando que as despesas de pessoal compõem a parcela mais expressiva dos gastos estatais.

O constituinte de 1988 já trouxe algumas condições para a realização das despesas com pessoal. Notadamente no artigo 169 da CF/88, estabeleceu que essas despesas não poderão exceder os limites fixados em lei complementar.

A Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar n.º 101/2000 –, por seu turno, concebida com o desiderato de trazer responsabilidade à gestão fiscal e moralizar a gestão da coisa pública, dedicou um capítulo específico às despesas de pessoal, tratando do tema com rigidez e minudência, tendo em vista se tratar de um dos aspectos mais relevantes das despesas estatais. No artigo 19, atendendo ao

disposto no artigo 169 da CF/88, estabeleceu os limites máximos para despesa total com pessoal.

Nesse contexto, ganha relevo a competência conferida aos Tribunais de Contas para apreciar a legalidade, para fins de registro, dos atos de admissão e aposentadoria.

Ao exercer essa competência, as Cortes de Contas aferem, ao menos num momento inicial, a legalidade do dispêndio de expressivos recursos públicos que deles advirão, além de registrar dados relevantes para o subsídio de atuações futuras. Outrossim, deverão verificar se a formação do ato respeitou todas as normas que regem a matéria, dentre as quais se destaca, com proeminência, a norma insculpida no artigo 37, inciso II, da CF/88.

Justamente no exercício dessa competência exsurge o objeto do presente estudo.

Não obstante o mandamento do concurso público para ingresso na Administração Pública, o constituinte de 1988 estabeleceu, no *artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT*, uma *norma de transição*, facultando a permanência na Administração Pública daqueles servidores que, a despeito de não terem ingressado por meio do concurso, contavam com cinco anos ininterruptos à época da promulgação da constituição, resultando, pois, em uma estabilidade excepcional para esses servidores, denominados pela doutrina mais abalizada de estabilizados.

Essa norma, apesar de, em um primeiro momento, parecer de simples exegese, comporta inúmeros vieses interpretativos e suscita inúmeras questões cujas respostas não constam, de forma expressa, do texto constitucional.

Destarte, buscar-se-á, no presente estudo, traçar a correta exegese da norma insculpida no artigo 19 do ADCT, em conformidade com os valores e mandamentos constitucionais, com todos os seus desdobramentos, assim como definir se os atos de admissão e aposentadoria dos servidores estabilizados estão submetidos à fiscalização e registro pelas Cortes de Contas.

Neste orbe, realizar-se-á, no Capítulo 1, um breve estudo acerca da competência conferida aos Tribunais de Contas pelo artigo 71, inciso III, da CF/88, definido sua abrangência e pontuando os principais aspectos de dissensões.

No capítulo 2, empreender-se-á, inicialmente, um estudo acerca do artigo 19 do ADCT, buscando, desvelar sua natureza jurídica - o que pressupõe a diferenciação entre os institutos da efetividade, estabilidade e estabilização - e, na sequência, definir os beneficiários desse favor constitucional. A seguir, investigar-se-á qual o regime de previdência dos servidores estabilizados, considerando que o texto constitucional é omissivo quanto a essa questão – a qual, todavia, se revela imprescindível para definir se os atos de aposentadoria e pensão desses servidores estão submetidos à fiscalização e registro pelas Cortes de Contas. Ainda neste capítulo, analisar-se-á, a (im)possibilidade de concessão de melhorias funcionais aos estabilizados.

Por fim, no último capítulo, verificar-se-á possibilidade de se conceder uma interpretação elástica ao artigo 19 do ADCT, com a extensão dos dizeres da norma para além das disposições literais nela contidas, bem como, investigar-se-á, com o desiderato de avaliar a aplicação da norma na prática, o tratamento dado pelo Tribunal de Contas do Estado de Goiás – TCE/GO.

Para tanto, adotar-se-á como metodologia um vasto levantamento bibliográfico, o que inclui, dentre outros, livros, leis, artigos, revistas jurídicas, pareceres e julgados.

No que tange ao referencial teórico, serão utilizadas diversas obras, dentre as quais se destacam: *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência* do doutrinador Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e *Comentários à Constituição do Brasil* dos autores José Joaquim Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lênio Luiz Streck.

Quanto ao método, empregar-se-á, primordialmente, o método dedutivo, visto que o estudo partirá das disposições constitucionais acerca do servidor estabilizado, buscando-se investigar seus contornos, regime de previdência, submissão ao controle do Tribunal de Contas, nos termos do artigo 71, inciso, III, da CF/88, e a

possibilidade de serem beneficiados com melhorais funcionais, em termos teóricos, na ordem jurídico-constitucional brasileira, para, somente após, em uma abordagem prática, trazer à colação casos concretos e discutir o enfrentamento do tema pelo Tribunal de Contas do Estado de Goiás - TCE/GO.

CAPÍTULO 1 - DA COMPETÊNCIA DAS CORTES DE CONTAS PARA A APRECIÇÃO DA LEGALIDADE PARA FINS DE REGISTRO DOS ATOS DE ADMISSÃO E DE APOSENTADORIA

Remonta à promulgação da Constituição da República de 1891 a institucionalização do Tribunal de Contas na ordem jurídica brasileira¹ com o desiderato de exercer o Controle Externo da Administração Pública². Essa institucionalização, coetânea à estruturação da República, evidencia que o controle é uma função inerente ao poder e à administração³, considerado um limite necessário ao exercício destes⁴.

Hodiernamente, o Tribunal de Contas foi concebido pelo Poder Constituinte como órgão autônomo, auxiliar do Poder Legislativo no Controle Externo da Administração Pública, com estruturação própria e distinta dos demais Poderes e Órgãos do Estado, dotado de autonomia administrativa, financeira e funcional.

Dentre as competências exclusivas que lhe foram outorgadas pelo constituinte, destaca-se a competência para apreciar os atos de pessoal, nos termos do artigo 71, inciso III, da Constituição Federal de 1988 – CF/88, *litteris*:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

¹ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Art. 89 - É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. Os membros deste Tribunal serão nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado, e somente perderão os seus lugares por sentença.

² Decreto nº 1.166, de 17/10/1892, disciplinou as competências e estrutura orgânica e de pessoal do Tribunal de Contas da União.

³ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 29.

⁴ Registre-se que, ao longo do decurso histórico, controle e poder já foram expressões totalmente antagônicas. A aproximação dos termos até se tornarem, hoje, conceitos indissociáveis, apenas ocorreu a partir da difusão dos ideais iluministas, com destaque para os ensinamentos de Charles Montesquieu, mentor da Teoria da Separação dos Poderes.

Destarte, a luz do texto constitucional em vigor, cumpre à Corte de Contas apreciar a legalidade, para fins de registro, das admissões a qualquer título, exceto para cargos em comissão, na Administração Direta, Indireta e Fundacional, bem como das concessões das aposentadorias.

Destaque-se que o Tribunal de Contas “não julga atos sujeitos a registro, mas sim, aprecia-os, verificando a sua conformidade às normas legais.”⁵. Neste sentido, tem-se que no desempenho desse mister o Tribunal de Contas exerce função fiscalizadora, mas não judicante, de modo que o acórdão que considerar legal o ato e determinar o seu registro não faz coisa julgada administrativa⁶.

Outrossim, tem-se que a competência para o registro dos atos administrativos é resquício do sistema de controle, “no qual a realização da despesa somente era admitida após a aquiescência pelo Tribunal de Contas mediante registro do ato, etapa que determinava a liquidação regular da despesa”⁷.

O sistema de controle foi recepcionado na ordem jurídico-constitucional brasileira com a Constituição de 1934 que exigia o registro prévio de todos os contratos que de alguma forma interessassem imediatamente à receita ou à despesa, de modo que apenas seriam considerados perfeitos e acabados após o devido registro. Essa sistemática permaneceu com a Constituição de 1946.

Com a nova ordem inaugurada pela Constituição de 1967, todavia, não mais se exigia o registro desses contratos. Sem embargo, com a Emenda Constitucional n.º 7/77, o sistema de registro voltou a fazer parte do controle externo, limitado, contudo, aos atos de pessoal, na medida em que apenas estavam sujeitos a registro os atos de aposentadoria, reforma e pensão, o que foi mantido pelo constituinte de 1988, com a ampliação do registro para os atos de admissão. Nesse sentido,

⁵ AGUIAR, Ubiratan Diniz de *et alli*. *A Administração Pública sob a Perspectiva do Controle Externo*. 1ª Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.217.

⁶ CARRILHO CHAVES, Francisco Eduardo. *Controle Externo da Gestão Pública*. Niterói: Impetus, 2007. p. 275.

⁷ SICCA, Gerson dos Santos. O registro de atos pelos Tribunais de Contas e a decadência: algumas considerações sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 79, maio/junho. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=96052>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

elucidativas as lições de Gerson dos Santos Sicca⁸, *in verbis*:

A Carta de 1934 impôs o registro prévio de todos os contratos que, de qualquer modo, interessassem imediatamente à receita ou à despesa, caso em que somente seriam reputados perfeitos e acabados após o devido registro, bem como dependiam dessa manifestação do Tribunal de Contas quaisquer atos dos quais resultasse obrigação de pagamento por parte do Tesouro. O registro prévio foi mantido como regra geral pelo Decreto-Lei nº 7, de 17 de novembro de 1937, editado uma semana após a outorga da Carta do Estado Novo, enquanto na Constituição de 1946 os §§1º e 2º do art. 77 previram que: “Os contratos que, por qualquer modo, interessarem à receita ou à despesa só se reputarão perfeitos depois de registrados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspenderá a execução do contrato até que se pronuncie o Congresso Nacional”; e que: “Será sujeito a registro no Tribunal De Contas, prévio ou posterior, conforme a lei o estabelecer, qualquer ato de Administração Pública de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro nacional ou por conta deste”.

Com a Constituição de 1967 o controle externo a cargo do Tribunal de Contas recebeu conotação diversa, deixando de existir a previsão de registro dos atos que interessassem à receita e à despesa. Em matéria de atos de pessoal a competência assentada era a de julgar “da legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões, independentemente de sua decisão as melhorias posteriores” (art. 73, §8º, e 72, §8º, da Emenda Constitucional nº 1/69). Com a Emenda Constitucional nº 7/77 voltou se a falar expressamente de registro, com a redação que foi conferida ao §7º do art. 72 da Constituição, definindo se que “o Tribunal de Contas apreciará, para fins de registro, a legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões, independentemente de sua apreciação as melhorias posteriores” registro esse que poderia vir a ser ordenado por ato do Presidente da República, *ad referendum* do Congresso Nacional (art. 73, §8º, na redação conferida pela Emenda Constitucional nº 7/1977).

Assim, a Constituição surgida após o golpe militar de 1964 redefiniu as competências do controle externo, e, após a Emenda Constitucional nº 7/77, previu o registro para atos de aposentadoria, reforma e pensão, atribuição essa que passou a constituir o último rastro do modelo de fiscalização erigido nos primórdios do modelo republicano, cuja permanência, possivelmente, deveu se à preocupação com os conhecidos desmandos praticados em matéria de atos de pessoal. Com a competência de registro externava se a preocupação em garantir se a máxima fiscalização desses atos, minimizando a possibilidade de irregularidades.

A Constituição de 1988 manteve a competência de registro de aposentadorias, reformas e pensões e ampliou a para atos de admissão.

Sem embargo, o registro pelas Cortes de Contas dos atos de admissão e aposentadoria é uma matéria que desperta dissensões.

⁸ Ibidem

O significado normativo da competência de registro é matéria que não guarda unicidade.

O Supremo Tribunal Federal – STF, interpretando o *ato de registro* pelo Tribunal de Contas como uma condição essencial para completar o ciclo válido de formação dos atos de aposentadoria, reforma e pensão, classificou esses atos como *atos administrativos de natureza complexa*⁹. Para a Corte Suprema haveria a conjugação de vontade do órgão concessor e do órgão de controle externo, motivo pelo qual somente após a manifestação deste último o ato se torna perfeito e acabado, conforme se depreende dos julgados a seguir colacionados:

APOSENTADORIA – ATO ADMINISTRATIVO DO CONSELHO DA MAGISTRATURA – NATUREZA – COISA JULGADA ADMINISTRATIVA – INEXISTÊNCIA. O ato de aposentadoria exsurge complexo, somente se aperfeiçoando com o registro perante a Corte de Contas. Insubsistência de decisão Judicial na qual assentada, como óbice ao exame da legalidade, a coisa julgada administrativa.” (STF, Pleno, RE 195.861/ES, Ministro Marco Aurélio, ‘DJ’ de 17.10.1997)

[...]. 2. **O ato de aposentadoria consubstancia ato administrativo complexo, aperfeiçoando-se somente com o registro perante o Tribunal de Contas.** Submetido a condição resolutiva, não se operam os efeitos da decadência antes da vontade final da Administração.” (STF, Pleno, MS nº 25.072/DF, Relator p/ acórdão o Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe de 27/4/07). *Sem grifos no original*

Contraditório, ampla defesa e devido processo legal: exigência afastada nos casos em que o Tribunal de Contas da União, no exercício do controle externo que lhe atribui a constituição (art. 71,III), aprecia a legalidade da concessão de aposentadoria ou pensão, só após o que se aperfeiçoa o ato complexo, dotando-o de definitividade administrativa.” (MS 25.409, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 15-03-07, DJ de 18-5-07)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE APOSENTADORIA. ATO COMPLEXO. CONTROLE EXTERNO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. INAPLICABILIDADE DA DECADÊNCIA PREVISTA NO ART. 54 DA LEI N. 9.784/1999.

⁹ Destaque-se que a classificação tradicional dos atos administrativos, e majoritariamente aceita pela doutrina, é retirada da obra do saudoso Hely Lopes Meirelles. Para esse autor, os atos administrativos, quanto à formação, se dividem em: simples (formado pela vontade de um único órgão), complexo (que se forma pela junção de vontades de dois ou mais órgãos administrativos), e compostos (formados pela vontade de um órgão, mas com exequibilidade dependente da manifestação de órgão diverso). MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 180.

IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (STF, Segunda Turma, RE nº 847.584/MG-AgR, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 18/12/14).

Não obstante, essa interpretação é alvo de inúmeros debates e questionamentos.

Invoca-se, como argumento central para refutar a interpretação dada pelo Pretório Excelso, os efeitos imediatos que esses atos produzem. Aduz-se que os atos de aposentadoria, reforma e pensão produzem efeitos a partir da edição pela Administração Pública, independentemente do pronunciamento posterior da Corte de Contas, indicando que a perfeição do ato já seria alcançada no âmbito administrativo, a despeito da interferência do órgão de controle externo.

Partindo dessa premissa, de que os atos sujeitos a registro geram, desde logo, todos os efeitos aos quais se destinam, não dependendo, para isso, do Tribunal de Contas, há parte da doutrina que defende não haver soma de vontades com vistas à concretização de um ato único que passaria a existir como ato complexo. Tratar-se-ia, em verdade, para essa parcela, de duas vontades independentes e soberanas, com dois atos de natureza e funções distintas, um acessório ao outro, ou complementar ao outro, ressaíndo o ato de registro como ato composto¹⁰. Registre-se que esse entendimento é perfilhado pelo saudoso Hely Lopes Meirelles para quem a aprovação de aposentadoria pelo Tribunal de Contas seria ato composto haja vista que “resultante de vontade única de um órgão, mas dependente da verificação por parte de outro, para sua exequibilidade”¹¹.

Não obstante, é certo que foge ao objeto central do presente estudo a investigação da classificação dogmática dos atos sujeitos a registro, mormente considerando que a teoria clássica dos atos administrativos, que concebe uma classificação rígida dos atos – para essa teoria quanto à formação da vontade os atos administrativos podem ser: simples, compostos e complexos -, parece não conseguir albergar os atos de pessoal, o que pode trazer discussões intermináveis.

¹⁰ BUSQUETS, Cristina del Pilar Pinheiro. *Registro de Atos pelo Tribunal de Contas*. Disponível em: https://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/registro-de-atos-pelo-tribunal-de-contas_0.pdf. Acesso em 27/12/2016.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit. p.179-180.

Nesse sentido, elucidativas os apontamentos de Sicca:

A teoria do ato administrativo formulada desde o século XIX sempre perseguiu o ideal da consecução de conceitos rigorosos, puros, capazes de almejar a sonhada cientificidade, colocando em ordem aos olhos do jurista a balbúrdia normativa derivada da prática administrativa quotidiana. Em grande parte a classificação dos atos administrativos intentou estabelecer certa “organização” e “esquematização” ao amplo universo de possibilidades da ação dos administradores públicos. ***Ocorre que as classificações, embora facilitem a solução de problemas concretos e ordenem o debate sobre as questões colocadas, também podem servir para manter controvérsias infundáveis. Na teoria do ato administrativo isso é bem representado pela distinção entre atos simples, complexos e atos compostos e a incidência desses conceitos sobre a competência de registro. A interminável discussão sobre a classificação do ato de registro fez transparecer que aqueles conceitos não galgaram estabilidade suficiente para solver os problemas concretos que pretendiam enfrentar, o que denunciaria uma imprestabilidade das lições dogmáticas tradicionais***¹². *Sem grifos no original*

A discussão, acerca da classificação dos atos sujeitos a registro – enquanto atos simples, compostos ou complexos -, revela-se ainda mais infundável quando se leva em consideração que a jurisprudência da Suprema Corte¹³ considera o ato de admissão como ato simples, aperfeiçoando mediante a atuação isolada da autoridade administrativa¹⁴.

A atribuição constitucional das Cortes de Contas para apreciar a legalidade e registrar os atos de admissão de pessoal resta positivada no art. 71, III, da CF/88, que é o mesmo dispositivo legal do qual emana a atribuição para a apreciação e registro dos atos de concessão de aposentadoria reforma e pensão, de modo que não existe fundamento lógico-jurídico para que essas duas categorias de atos – atos de admissão e atos de aposentadoria - objeto de idêntica disciplina num único artigo

¹² SICCA, Gerson dos Santos. O registro de atos pelos Tribunais de Contas e a decadência: algumas considerações sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 79, maio/junho. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=96052>>. Acesso em: 11 jan. 2017

¹³ STF, Pleno, MS 26628, Relator Ministro Cezar Peluso, j. em 17/12/2007.

¹⁴ ANDRADE, Francisco Falconi de. Segurança Jurídica e Tribunais de Contas. Considerações sobre a incidência do prazo decadencial do art.54 da Lei nº 9.784/99 nos exames de legalidade de aposentadorias, reformas e pensões. *Revista do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba*, Ano IV, n.7, pg.88-100 – jan/jun.2010, p.97.

constitucional, tenham regime jurídico diverso¹⁵.

Sem embargo, se por um lado a tentativa, sempre embaraçosa, de classificar esses atos pode se revelar improfícua, por outro, buscar, a partir de um método histórico de interpretação constitucional, desvelar o conceito jurídico de registro pode auxiliar na compreensão da atual competência conferida às Cortes de Contas.

Consoante relatado em linhas pretéritas, as Constituições de 1934 e 1946, consagrando o sistema do registro, previram, de forma expressa, que os contratos que interessassem à receita e à despesa apenas eram considerados *perfeitos e acabados* após o registro pelo Tribunal de Contas. O registro era, deste modo, manifestação essencial para a conclusão do *iter* de formação do ato, em um período em que o controle exercido pelo Tribunal de Contas era predominantemente prévio.

Considerando, destarte, que o registro de atos de pessoal é um resquício desse sistema, deve ser interpretado partindo da concepção em que fora criado. Todavia, deve se adequar ao controle que hoje é desempenhado pelos tribunais, em regra, *a posteriori* ou concomitante, havendo poucos elementos de controle *a priori*¹⁶.

Nesse diapasão, tendo em vista a função que os Tribunais de Contas exercem no ordenamento constitucional – qual seja, de fiscal da Administração Pública -, forçoso reconhecer que o registro ganha a conotação de ato de controle de legalidade, por meio do qual as Cortes de Contas confirmam a validade do ato editado pela Administração.

Nessa seara, abalizado o entendimento segundo o qual *o ato de registro é um ato de controle externo* que converte a executoriedade precária dos atos, haja vista que condicionada à manifestação do Tribunal de Contas, em executoriedade definitiva¹⁷, ressalvada a competência revisora do judiciário, conforme defende o

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 933.

¹⁶ CARRILHO CHAVES, Francisco Eduardo. *op. cit.* p. 39-42.

¹⁷ Registre-se que a executoriedade definitiva do ato após o registro pelo Tribunal de Contas, restringe-se ao âmbito administrativo. Vale dizer, com o registro o ato de pessoal ganha o condão da definitividade na órbita administrativa, o que não impede, todavia, a revisão do ato pelo Poder Judiciário.

doutrinador Lucas Rocha Furtado¹⁸.

Nesses termos, tem-se que a concessão de aposentadoria pela Administração Pública constitui um ato perfeito, apenas de eficácia condicionada à ratificação, sendo o pronunciamento da Corte de Contas ato de controle de legalidade, cuja função é tornar a eficácia provisória do ato em permanente, a fim de que o mesmo venha obter executoriedade definitiva. Destarte, a manifestação do Tribunal de Contas configurará somente condição de eficácia ou de exequibilidade do ato principal.

Veja-se, neste sentido, o entendimento esposado por Flávio Germano de Sena Teixeira:

[...] a eficácia do ato de inativação é resolúvel até que o tribunal registre. O registro acrescenta à aposentadoria um plus da definitividade, da estabilidade, no âmbito da Administração. [...] Ausente a chancela do órgão controlador externo, porém, a eficácia do ato ainda é frágil¹⁹.

Evidente, portanto, que a manifestação da Corte de Contas, não propriamente como uma manifestação de vontade que concorre para a formação do ato, mas como forma de controle de legalidade, visando à garantia do erário, é indispensável para que o ato, uma vez atestada a sua legalidade, seja dotado de executoriedade definitiva.

Partindo-se dessa premissa, há uma consequência prática do sistema de registro, diretamente relacionada com à organização do exercício do controle externo, que diz respeito à exigência de apreciação individualizada dos atos de pessoal, não havendo a possibilidade de fiscalização por amostragem.

Destarte, mesmo diante da notória expansão dos atos sujeitos a registro, seja em razão da nova competência definida pelo constituinte de 1988 para a apreciação pela Corte dos atos de admissão, seja em razão da universalização do regime estatutário na administração pública, que trouxe o aumento substancial de servidores vinculados ao regime próprio de previdência, é certo que todos os atos

¹⁸ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 236.

¹⁹ TEIXEIRA, Flávio Germano de Sena. *O controle das aposentadorias pelos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

submetidos à apreciação devem ser particularmente analisados, não podendo se concentrar a fiscalização em uma amostra deles.

Essa realidade traz desafios gerenciais de grande monta e, por consequente, o questionamento acerca da compatibilidade da competência de registro com as atuais exigências de controle²⁰. Sem embargo, as dificuldades burocráticas e gerenciais não podem ser empregadas como justificativas idôneas para afastar uma competência delineada pelo Constituinte, apenas uma alteração do texto constitucional o poderá.

Feitas essas breves considerações acerca da competência para registro, cumpre analisar, em específico, a competência para apreciar a legalidade e registrar os atos de admissão e, a seguir, os atos de aposentadoria.

No que concerne ao exame e registro dos atos de admissão, conforme assevera o douto Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, trata-se de competência definida de modo inovador pela CF/88²¹.

As Cartas Constitucionais anteriores, ao disciplinarem a competência da Corte de Contas para fiscalizar os atos de pessoal²², assim positivaram, *litteris*:

Constituição de 1946

Art. 77 - Compete ao Tribunal de Contas:

III - julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões.

§ 2º - Será sujeito a registro no Tribunal de Contas, prévio ou posterior, conforme a lei o estabelecer, qualquer ato de Administração Pública de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro nacional ou por conta deste.

Constituição de 1967

Art. 73 - O Tribunal de Contas tem sede na Capital da União e

²⁰ SICCA, Gerson dos Santos. O registro de atos pelos Tribunais de Contas e a decadência: algumas considerações sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 79, maio/junho. 2013. Disponível em:

<<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=96052>>. Acesso em: 11 jan. 2017

²¹ JACOBY FERNANDES. *Op. Cit.* p. 255.

²² Cumpre consignar que as Constituições de 1891, 1934 e 1937 não definiram competência dessa natureza ao Tribunal de Contas.

jurisdição em todo o território nacional.

§ 8º - O Tribunal de Contas julgará da legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões, independentemente de sua decisão as melhorias posteriores.

Constituição de 1967 – Emenda Constitucional n.º 7/77

Art. 72. O Tribunal de Contas da União, com sede no Distrito Federal e quadro próprio de pessoal, tem jurisdição em todo o País.

§ 8º O Tribunal de Contas apreciará, para fins de registro, a legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões, independentemente de sua apreciação as melhorias posteriores.

Consoante se depreende das lições de Jacoby Fernandes, a instituição dessa competência pelo constituinte de 1988 está intrinsecamente relacionada com a imposição, por ele também consagrada, de limites máximos para despesas com pessoal, ativos e inativos, da União, Estados, DF, e Municípios²³, nos termos dos artigos 169 da CF/88 e 38 do ADCT, senão veja-se:

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**²⁴. *Sem grifos no original*

²³ Ibid., p. 255.

²⁴ Atendendo ao disposto no artigo 169 da CF/88, foi editada a Lei Complementar n.º 101/2000, Lei de Responsabilidade Fiscal, que, em seu artigo 19, definiu os limites máximos para as despesas com pessoal. Neste sentido, veja-se:

Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:

I - União: 50% (cinquenta por cento);

II - Estados: 60% (sessenta por cento);

III - Municípios: 60% (sessenta por cento).

§ 1º Na verificação do atendimento dos limites definidos neste artigo, não serão computadas as despesas:

I - de indenização por demissão de servidores ou empregados;

II - relativas a incentivos à demissão voluntária;

III - derivadas da aplicação do disposto no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição;

IV - decorrentes de decisão judicial e da competência de período anterior ao da apuração a que se refere o § 2º do art. 18;

V - com pessoal, do Distrito Federal e dos Estados do Amapá e Roraima, custeadas com recursos transferidos pela União na forma dos incisos XIII e XIV do art. 21 da Constituição e do art. 31 da Emenda Constitucional no 19;

VI - com inativos, ainda que por intermédio de fundo específico, custeadas por recursos provenientes:

a) da arrecadação de contribuições dos segurados;

b) da compensação financeira de que trata o § 9º do art. 201 da Constituição;

c) das demais receitas diretamente arrecadadas por fundo vinculado a tal finalidade, inclusive o produto da alienação de bens, direitos e ativos, bem como seu superávit financeiro.

Art. 38. Até a promulgação da lei complementar referida no art. 169, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão despender com pessoal mais do que sessenta e cinco por cento do valor das respectivas receitas correntes.

Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, quando a respectiva despesa de pessoal exceder o limite previsto neste artigo, deverão retornar àquele limite, reduzindo o percentual excedente à razão de um quinto por ano.

Destarte, ao apreciarem, para fins de registro, os atos de admissão, os Tribunais de Contas aferem, ao menos num momento inicial, a legalidade do dispêndio de expressivos recursos públicos que deles advirão, além de registrar dados relevantes para o subsídio de atuações futuras, seja em novos autos de admissão, inativação e pensão, seja em processos de prestação ou tomada de contas, auditorias, inspeções e representações, dentre outros.

Outrossim, ainda segundo Jacoby, a definição dessa competência colimou robustecer o mandamento constitucional do concurso público²⁵ para ingresso na Administração Pública²⁶, na medida em que a Corte de Contas, antes de ordenar o registro, deverá verificar se a formação do ato respeitou todas as normas que regem a matéria, dentre as quais se destacam a norma insculpida no artigo 37, inciso II, da CF/88²⁷.

Nos termos do artigo 71, inciso III, da CF/88, retro transcrito, a competência conferida a Corte de Contas em matéria de admissão de pessoal revela-se bastante ampla, abrangendo as admissões ocorridas a qualquer título, excetuando-se apenas as nomeações para cargos de provimento em comissão, de livre nomeação e exoneração pela autoridade competente, haja vista a precariedade do vínculo com a Administração²⁸.

§ 2º Observado o disposto no inciso IV do § 1º, as despesas com pessoal decorrentes de sentenças judiciais serão incluídas no limite do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20.

²⁵ Esse mandamento, pela relevância que assume no presente assunto, será especificadamente abordado no capítulo seguinte.

²⁶ JACOBY FERNANDES. *Op. Cit.* p. 255.

²⁷ AGUIAR, Ubiratan Diniz de *et alli. op. cit.* p. 218.

²⁸ O fato das Cortes de Contas não possuírem competência para registrar as admissões nos cargos em comissão, não impede que apreciem a legalidade dessas admissões, pois, apesar de serem atos de livre nomeação, estão sujeitos a algumas vedações, como, v.g. o nepotismo.

Nessa seara, serão apreciadas as admissões dos temporários²⁹, dos empregados públicos, bem como dos servidores públicos estatutários. Registre-se, todavia, que há discussão se a competência para registro das admissões abrangeria as investiduras em cargos vitalícios e eletivos³⁰.

Por se tratar, todavia, de competência instituída pioneiramente pelo constituinte de 1988, discute-se a possibilidade do registro de admissões anteriores à data de promulgação da constituição.

Assim como as demais leis, as normas constitucionais são de aplicação imediata e geral, incidindo, em princípio, a partir de sua entrada em vigor sobre as situações que se encontrem em vigência, ou seja, aplicam-se aos *facta futura*, não aos *facta praeterita*. O princípio, vale dizer, é o da não-retroatividade, de modo que só retroagem quando elas próprias determinam efeitos pretéritos³¹.

É princípio basilar o da *imediata incidência das regras jurídicas constitucionais*, exceto se a própria Constituição protai ou retrotai a incidência de alguma das suas normas. Todavia, quando que se afirma que as normas constitucionais incidem imediatamente, de modo nenhum se enuncia que elas

²⁹ Apesar da discussão no seio doutrinário, o TCU posiciona-se pela necessidade do registro das contratações a título precário. Neste sentido, veja-se:

“[...] Verifique-se que o art. 71, III, da Constituição Federal atribuiu ao Tribunal a competência para apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título (...). Frise-se que a doutrina especializada, ao comentar a competência do Tribunal, não tece considerações acerca da mencionada expressão a qualquer título, em nada colaborando para uma maior compreensão do assunto. Não obstante, considerando que o aludido inciso excepcionou expressamente as situações que não estariam inseridas nessa regra geral (...excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão...), **entendemos, modestamente, que as admissões a qualquer título digam respeito tanto àquelas efetuadas em caráter permanente, como às admissões por prazo determinado.**” (TCU, Acórdão 106/20047 – Primeira Câmara. Excerto do voto do Relator Augusto Sherman. Processo 007.035/2002-4.)

³⁰ Por um lado, em uma interpretação que não carece de grande exegese, defende-se, que o artigo 71, inciso III, excepcionou apenas os comissionados e, portanto, as admissões nos cargos vitalícios e eletivos estariam submetidas ao registro. Por outro, argumenta-se que o dispositivo não pode ser interpretado de forma isolada, considerando que a Constituição é um repertório de normas que devem ser interpretadas em sua completude. Assim, partindo-se de uma interpretação sistêmica da Constituição, defende-se que sempre que a vitaliciedade houver sido alcançada, conferir aos Tribunais de Contas a competência para apreciar a legalidade dos atos de admissão significaria tornar sem efeito a garantia constitucional de que a perda do cargo vitalício somente pode dar-se mediante sentença judicial transitada em julgado. Igualmente, defende-se que o texto constitucional prevê as hipóteses de perda dos cargos eletivos, não se incluindo, entre elas, a negativa de registro pelas Cortes de Contas, além de existir um ramo da justiça brasileira especializada no controle do processo eleitoral, a quem compete a análise de todos os atos que levam à investidura nesses cargos, não competindo às Cortes de Contas o registro desses atos. MASSARIA, Glaydson Santo Soprani. Tribunais de Contas e registro de atos de admissão de pessoal: notas sobre cargos vitalícios e temporários. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4509, 5 nov. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/34863>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

³¹ SILVA, José Afonso da. Reforma Constitucional e Direito Adquirido. *Revista Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 213: 121-131 – jul/set 1998, p.126

retroagem e que o princípio do respeito aos direitos adquiridos, à coisa julgada e aos atos jurídicos perfeitos não exista para as Constituições³².

Nessa seara, é certo que a competência delineada no artigo 71, inciso III, para apreciação da legalidade e registro dos atos de admissão, será exercida para admissões que ocorram a partir de então, já que a dispositivo não previu a retroatividade da norma para atingir admissões anteriores.

Os atos de admissões anteriores à promulgação de 1988 reputam-se perfeitos e acabados apenas com a manifestação de vontade da administração pública, independentemente de registro nas Corte de Contas, não dependendo também desse registro para ganhar executoriedade definitiva, haja vista que nas ordens constitucionais anteriores não havia essa exigência.

Todavia, considerando que o registro, como aduzido em linhas pretéritas, tem natureza de *ato de controle externo de legalidade*, e que a legalidade da aposentadoria depende, outrossim, da legalidade do ato de admissão que a embasou, imperioso reconhecer que as Cortes de Contas, ao apreciar o ato de aposentadoria deverão, prejudicialmente, analisar a legalidade do ato de admissão do ex-servidor.

Não se trata, destarte, de registrar o ato de admissão anterior a 1988, mas sim de examinar, prejudicialmente, sua legalidade quando da apreciação e registro dos atos de aposentadoria.

No que tange, especificamente, à competência para apreciar e registrar os atos de aposentadoria, registre-se que, ao contrário da competência concernente aos atos de admissão, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, pela primeira vez, com a Constituição de 1946 e abrange apenas os atos custeados pelo Regime Próprio de Previdência Social – RPPS, não abarcando os atos de aposentadoria concedidos pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS. Destarte, ainda que a admissão de dado servidor, *v.g.* empregado público ou contratado temporário para atendimento de necessidade de excepcional interesse público, tenha sido registrada na Corte de Contas, sua aposentadoria não o será,

³² SILVA, José Afonso da. Reforma Constitucional e Direito Adquirido. *Revista Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 213: 121-131 – jul/set 1998, p.128.

tendo em vista que estes servidores, conforme será explanado adiante, estão vinculados ao RGPS.

Nesse sentido, veja-se as lições de Francisco Eduardo Falconi de Andrade, *litteris*:

“(...) que as Cortes de Contas apenas examinarão os benefícios concedidos a servidores estatutários ocupantes de cargos efetivos e aos militares. Não lhes cabe apreciar, para fins de registro, os benefícios previdenciários dos servidores celetistas, temporários ou exclusivamente ocupantes de cargos comissionados, os quais são vinculados ao regime geral, administrado pelo INSS.”³³

Esboçado esse panorama acerca da competência das Cortes de Contas para apreciar e registrar os atos de admissão e aposentadoria, cumpre, destarte, analisar as disposições relativas ao servidor estabilizado, investigando-se se estes servidores estão submetidos à competência inculpada no artigo 71, inciso III, da CF/88 e delimitando o papel das Cortes de Contas no desempenho desse mister, tendo em vistas a excepcionalidade da estabilidade conferida a esses servidores.

CAPÍTULO 2 - DO ARTIGO 19 DO ADCT: O SERVIDOR PÚBLICO ESTABILIZADO

2.1 DA EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO EM CARGO E EMPREGO PÚBLICO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A seleção de pessoas para prestar serviços ao Estado, na qualidade de empregados, sempre foi, desde os primórdios da antiguidade, objeto de constante preocupação daqueles que ocupavam o poder. Sempre se desejou encontrar um processo eficiente para essa escolha, considerando que dela dependeria o adequado desempenho da atividade administrativa³⁴.

Essa preocupação foi externada, ao longo dos anos, por meio dos mais diversos modos de escolha utilizados pela Administração Pública. Dentre os meios de seleção de pessoal administrativo que existiram, destacam-se, conforme lições

³³ ANDRADE, Francisco Falconi de. Segurança Jurídica e Tribunais de Contas. Considerações sobre a incidência do prazo decadencial do art.54 da Lei nº 9.784/99 nos exames de legalidade de aposentadorias, reformas e pensões. Revista do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, Ano IV, n.7, pg.88-100 – jan/jun.2010, p.93

³⁴ GASPARINI, Diógenes. Concurso Público – Imposição constitucional e operacionalização. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 16, n. 180, p. 21-41, fev. 2016.

de José Cretella Júnior³⁵, o sorteio, a compra e venda, a herança, o arrendamento, a nomeação, a eleição e o concurso.

Historicamente, tem-se que, a partir da promulgação da Constituição de 1891, se passou a adotar, como forma de governo, a República, cuja diretriz encontra guarida atualmente no art. 1º, caput, da CF/88. Desde então, o sistema constitucional pátrio funda suas bases no princípio republicano, que, por sua vez, se assenta no *princípio do mérito*³⁶, o qual espraia sua força normativa por todo o ordenamento jurídico brasileiro, servindo de baliza para todos os Poderes do Estado.

Nesta lógica, passou-se a exigir, a começar da Constituição de 1934, a submissão ao concurso público³⁷ para investidura em cargo público, haja vista que, conforme consigna o doutrinador José dos Santos Carvalho Filho, o concurso público “é o instrumento que melhor representa o sistema do mérito, porque traduz um certame de que todos podem participar nas mesmas condições, permitindo, que sejam escolhidos realmente os melhores candidatos”³⁸

No texto constitucional em vigor, a exigência do concurso público encontra-se positivada no artigo 37, inciso II, *litteris*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

II- A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

³⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.506 apud GASPARI, Diógenes. Concurso Público – Imposição constitucional e operacionalização. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 16, n. 180, p. 21-41, fev. 2016.

³⁶ Expressão cunhada por SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 663.

³⁷ A palavra concurso se destina a diversos usos. Destarte, a fim de que haja fluidez terminológica, cumpre aclarar que, no presente estudo, interessa-nos a palavra concurso como processo de seleção pública de pessoas desejosas em titularizar um cargo ou emprego público.

³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. revista e ampliada, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 574.

A par desse dispositivo, Hely Lopes Meirelles define o concurso público como o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, consoante determina o art. 37, inciso II, da CF/88³⁹.

Nesse mesmo contexto, Diógenes Gasparini⁴⁰ elenca três fundamentos que legitimam a existência de concurso público, quais sejam, o principiológico, o constitucional e o legal. Segundo o autor, embora outros princípios possam servir de suporte para a obrigatória realização desse certame, é nos princípios da igualdade e moralidade administrativa que está o mais relevante dos seus fundamentos⁴¹ - de modo que, mesmo se inexistissem os fundamentos constitucional e legal, a obrigatoriedade do concurso público se imporá. O suporte constitucional, por seu turno, reside no artigo 37, inciso II, retro transcrito, enquanto o fundamento legal está na legislação de cada ente da federação brasileira⁴².

Considerando, portanto, o fundamento principiológico da exigência de concurso público, forçoso reconhecer que a investidura em cargo ou emprego público, sem aprovação prévia em concurso público, viola não só um mero procedimento administrativo de preenchimento de cargos, mas, outrossim, princípios constitucionais fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro.

Corroborando essa asserção, a disposição tópica do artigo 37 da CF/88. Segundo as regras de hermenêutica, o corpo de um artigo deve ser interpretado a partir do seu *caput*. Deste modo, tem-se que os princípios norteadores da Administração Pública (princípio da legalidade, princípio da impessoalidade, princípio da publicidade, princípio da moralidade e princípio da eficiência),

³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit. p. 412.

⁴⁰ GASPARINI, Diógenes. Concurso Público – Imposição constitucional e operacionalização. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 16, n. 180, p. 21-41, fev. 2016.

⁴¹ Ainda que se queria dar relevância à moralidade e igualdade, é certo que todos os princípios norteadores da Administração Pública, quais sejam, Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, são fundamentos principiológicos da exigência de concurso público.

⁴² Registre-se que a União já exerceu essa competência ao editar a Lei Federal n.º 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores civis da União, das autarquias e das fundações públicas, exigindo, no art. 10, a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos para a nomeação para cargo de carreira ou cargo isolado de provimento efetivo.

positivados no *caput* do art. 37, devem guiar a interpretação do art. 37, inciso II, de modo que desobediência do comando insculpido nesse inciso implica, irrefutavelmente, na violação daqueles princípios.

Nesse contexto, assume relevo o exame do alcance da exigência positivada no artigo 37, inciso II.

Conforme se extrai das lições de Carvalho Filho “o alcance da exigência deve ser o mais amplo possível, de modo que pode se considerar que a exigência da aprovação em concurso se configura como a regra geral”⁴³.

Em uma primeira análise, é certo que o mandamento constitucional faz referência à investidura em *cargo* ou *emprego público*. Todavia, imperioso destacar que não faz referência à função pública, o que torna o dispositivo alvo de críticas por diversos doutrinadores⁴⁴. *Data vênia* aos entendimentos em sentido contrário, não se vislumbra qualquer omissão ou lacuna por parte do constituinte. Consoante se depreende das lições da administrativista Maria Sylvia Zanella di Pietro a função pública é um conceito residual que designa um conjunto de atribuições às quais não corresponde um cargo ou emprego. Perante a atual constituição, pode designar duas situações, quais sejam: a) as funções exercidas por servidores contratados para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do artigo 37, inciso IX, da CF/88; b) e as funções de confiança, destinadas às atribuições de direção, chefia e assessoramento, de livre nomeação e exoneração, nos termos do artigo 37, inciso V, da CF/88. Neste orbe, resta evidenciada a razão pela qual o constituinte apenas exigiu o concurso para a investidura em cargo e emprego público. Nos casos de função, a exigência não existe porque os que a exercem ou são contratados temporariamente para atender as necessidades emergentes da administração, e a demora do concurso pode se revelar incompatível com a própria urgência da contratação, ou são ocupantes de função de confiança,

⁴³ CARVALHO FILHO. José dos Santos. op. cit. p. 635.

⁴⁴ José Afonso da Silva ao tratar do assunto aduz “deixa a Constituição, porém, uma grave lacuna nessa matéria, ao não exigir nenhuma forma de seleção para admissão às funções (autônomas) referidas no artigo 37, I, ao lado dos cargos e empregos. Admissões a funções autônomas sempre foram fontes de apadrinhamentos, de abusos e de injustiças aos concursados”. SILVA, Jose Afonso da. op. cit. p. 659

para o exercício de das atribuições de direção, chefia e assessoramento, e, como o nome pressupõe, são de livre nomeação, já que pressupõem a confiança⁴⁵.

Por outro lado, cumpre averiguar quais entidades se submetem ao comando. Conforme se depreende do artigo 37, *caput*, os princípios e regras ali insculpidos são aplicáveis à *Administração Pública Direta e Indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*.

Destarte, estão genericamente obrigados a realizar concurso público as entidades que compõem a Administração Pública direta, vale dizer, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e os Tribunais de Contas em todas as esferas de governo (federal, estadual, distrital ou municipal). Igualmente, as entidades da Administração Pública Indireta, isto é, as autarquias, fundações, públicas e privadas, as sociedades de economia mista e as empresas públicas devem observância ao comando constitucional.

No que tange às empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, o tema já despertou inúmeras controvérsias. O Tribunal de Contas da União, pioneiramente, defendeu a obrigatoriedade do concurso, demonstrando, por meio de uma análise, não só de legalidade, mas de economicidade, eficácia e eficiência dos atos da administração pública que a exploração de atividade econômica era conciliável com a exigência de concurso público⁴⁶.

A celeuma, sem embargo, foi pacificada com a manifestação do STF. Em caráter definitivo, no julgamento da ADI 231-7 RJ, a Corte Suprema decidiu, por maioria, que a norma do artigo 37, inciso II, é compatível e harmoniza-se com a do art. 173, § 1º, da Constituição⁴⁷.

No mesmo sentido, submetem-se à exigência, consoante as lições de Celso Antônio Bandeira de Melo: as subsidiárias das empresas públicas e sociedade de economia mista⁴⁸ e as autarquias especiais, como as universidades e as agências

⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 605-606.

⁴⁶ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. op. cit. p. 259.

⁴⁷ *Ibidem*

⁴⁸ Pontua CELSO ANTÔNIO que por serem constituídas com dinheiro público de entidades obrigadas a realizar esses certames e serem controladas indiretamente pelos entes federados também se

reguladoras⁴⁹. Ademais, conforme jurisprudência do TCU, os conselhos profissionais, considerados autarquias, também devem realizar concurso público quando da admissão de servidores em seus quadros⁵⁰.

Sem negar, contudo, a importância dos apontamentos até aqui desenvolvidos, imperioso destacar que o aspecto de análise mais relevante a ser investigado, no que tange ao alcance do artigo 37, inciso II, diz respeito à sua aplicabilidade apenas ao provimento originário ou sua extensão aos provimentos derivados. Essa importância se justifica, primeiramente, por não haver obviedade no assunto, e segundo porque tema sempre envolveu abusos e desvios de finalidade.

Na Constituição Federal de 1967 - CF/67, com redação dada pela Emenda Constitucional 01/69, a exigência do concurso público encontrava guarida no artigo 97, que assim dispunha, *litteris*:

“Art. 97 Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

§ 1º A **primeira** investidura em **cargo público** dependerá de aprovação prévia e concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei.” *Sem grifo no original*

O texto constitucional em vigor, por sua vez, conforme já transcrito em linhas pretéritas, positiva que a **investidura em cargo ou emprego público** depende de aprovação prévia em concurso público.

Não obstante ambas as cartas constitucionais disporem sobre a necessidade de realização de concurso público, as suas determinações não são idênticas. O artigo 37, inciso II, da CF/88 trouxe, em especial, duas inovações quando comparado com o artigo 97, § 1º, da CF/67. A primeira foi a exigência de aprovação em concurso público para investidura também em empregos públicos e não apenas

submetem ao comando. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 47 apud GASPARINI, Diógenes. Concurso Público – Imposição constitucional e operacionalização. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 16, n. 180, p. 21-41, fev. 2016.

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2003 p. 157 apud Diógenes. Concurso Público – Imposição constitucional e operacionalização. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 16, n. 180, p. 21-41, fev. 2016.

⁵⁰ GASPARINI, Diógenes. Concurso Público – Imposição constitucional e operacionalização. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 16, n. 180, p. 21-41, fev. 2016.

para cargos deste mesmo âmbito. A segunda, a exigência de concurso público para toda forma de investidura, e não apenas para primeira investidura (provimento originário).

Nesse contexto, ressaltai evidente, à luz da CF/88, a exigência do concurso para o provimento originário do cargo, bem como para os provimentos derivados.

Nas palavras do inolvidável Hely Lopes Meirelles “**provimento** é o ato pelo qual se efetua o preenchimento do cargo público, com a designação de seu titular”⁵¹.

Consoante doutrina tradicional, o provimento é classificado em **originário** ou **derivado**. O primeiro, conforme acentua José dos Santos Carvalho Filho, é “[...] aquele em que o preenchimento do cargo dá início a uma relação estatutária nova, seja porque o titular não pertencia ao serviço público anteriormente.”⁵².

Os provimentos **derivados**, por sua vez, “[...] são aqueles que derivam, ou seja, que se relacionam com o fato de o servidor ter ou haver tido algum vínculo anterior com cargo público. Nele se radica a causa do ulterior provimento [...]”⁵³. Ou, em outras palavras, “[...] é aquele em que o cargo é preenchido por alguém que já tenha vínculo anterior com outro cargo, sujeito ao mesmo estatuto [...]”⁵⁴.

Na legislação anterior à CF/88, eram admitidos, com pequenas variações de um estatuto funcional para outro, como espécies de provimento derivado, a promoção, a transposição, a reintegração, a readmissão, o aproveitamento, a reversão e a transferência.

Todavia, com a entrada em vigor da CF/88, este rol foi reduzido por força do disposto no artigo 37, inciso II, desta Carta.

Nesse sentido, o *provimento derivado* implementado sem submissão à prévia aprovação em concurso público é, em regra, vedado pelo texto constitucional, cuja diretriz comporta algumas poucas exceções admitidas expressamente pela CF/88,

⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit., p. 392/393.

⁵² CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit. p. 564.

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. revista e atualizada, São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 305.

⁵⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ob. cit., p. 564.

conforme preceitua Maria Sylvia Zanella di Pietro, ao dispor sobre a admissibilidade das hipóteses de *reintegração, aproveitamento, recondução e promoção*⁵⁵.

Nesse diapasão, elucidativo o parecer da Consultoria Geral da República, da lavra do Consultor José Márcio Mansão Mollo, publicado pouco depois da promulgação da CF/88, senão veja-se:

"(...) estão abolidas as formas de investidura que representam ingresso em carreira diferente daquela para a qual o servidor ingressou por concurso e que não são, por isso mesmo, inerentes ao sistema de provimento em carreira, ao contrário do que acontece com a promoção, sem a qual não há carreira, mas, sim, sucessão de cargos ascendentes"⁵⁶.

Igualmente elucidativos são os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello que, ao tratar do tema, assevera, *litteris*:

"Claro está, entretanto, que a existência de formas de provimento derivadas de modo algum significa abertura para costear o sentido próprio do concurso público. Como este é sempre específico para dado cargo, encartado em carreira certa, quem nele se investiu não pode depois, sem novo concurso público, ser trasladado para cargo de natureza diversa ou de outra carreira melhor retribuída ou de encargos mais nobres e elevados"⁵⁷.

O STF, por seu turno, também se manifestou acerca do assunto. Oportunamente, decidiu que "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"⁵⁸.

Consagrando de forma definitiva o entendimento acerca da questão, a Corte Suprema editou, recentemente, a Súmula Vinculante n.º 43, vazada nos termos que se seguem:

"É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem previa aprovação em concurso público

⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit. p. 676/677.

⁵⁶ Parecer n.º CS-56, de 16-9-92, aprovado pelo Consultor Geral da República, conforme publicado no DOU de 24-9-92, p.13.386-89. Disponível em: www.sindsefaz.org.br/PCS%20Parecer%20Sylvia.doc. Acesso em 10/01/17.

⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 55.

⁵⁸ STF, Pleno, ADI n.º 231, Rel. Min. Moreira Alves, j. 05/08/92

destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira no qual anteriormente investido.”

Portanto, é certo que o servidor ocupante de cargo de uma carreira não pode ser transferido para cargo de carreira diversa sem que tenha sido aprovado no respectivo concurso, seja qual for a modalidade de provimento.

Acrescente-se, ainda, o entendimento adotado pelo STF na ADI n.º 2.335 MC/SC, segundo o qual o provimento em cargo diverso do qual ingressou, através de enquadramento, só encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio se o aproveitamento deu-se para cargo disponível, com atribuições e requisitos de admissão coincidentes ou semelhantes com as dos cargos extintos⁵⁹.

Considerando, todavia, que as atribuições e os requisitos de admissão constituem elementos delimitadores do cargo público, é possível afirmar que este aresto é extensível a todas as formas de provimentos derivados, não se restringindo ao enquadramento. Nesse interim, os provimentos derivados apenas serão reputados constitucionais, se o preenchimento de cargo por alguém que já tinha vínculo anterior com outro cargo, não pertencente a mesma carreira, sem aprovação prévia em concurso público, respeitar a qualificação e atribuições exigidas pelo cargo provido originariamente⁶⁰.

⁵⁹ STF, Pleno, ADI n.º 2335 MC/SC, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 19.12.2000, DJ 31.08.2001

⁶⁰ Para a exata compreensão do tema, mister um breve apanhado acerca da estrutura organizacional da Administração Pública, em cujo bojo se inclui as figuras de cargo, carreira e quadro.

Do disposto no artigo 39, § 1º, incisos I, II e III da CF/88 é possível identificar alguns elementos delineadores de **cargo público**, os quais devem ser considerados na definição de sua natureza jurídica e conceito, a saber: a natureza, o grau de responsabilidade, a complexidade, os requisitos de investidura e as peculiaridades do mesmo.

Em nível infraconstitucional, o artigo 3º da Lei n.º 8.112/90 caracteriza *cargo público* como "o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor."

Neste diapasão, a doutrina pátria classifica os cargos, quanto à situação dos mesmos diante do quadro funcional, em cargos de carreira e cargos isolados. Nas palavras do **inolvidável** HELY LOPES MEIRELLES *carreira* é "o agrupamento de classes da mesma profissão ou atividade, escalonadas segundo a hierarquia do serviço, para acesso privativo dos titulares dos cargos que a integram, mediante provimento originário." Partindo deste conceito, define *cargo de carreira* como "o que se escalona em classes, para acesso privativo de seus titulares, até a mais alta hierarquia profissional." O cargo isolado, por sua vez, segundo o mesmo doutrinador, "é o que não se escalona em classes, por ser o único em sua categoria". (MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 388/389).

A esse respeito, prossegue o referido doutrinador preceituando o conceito de **quadro**, como "o conjunto de carreiras, cargos isolados e funções gratificadas de um mesmo serviço, órgão ou Poder." (MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit., p. 388).

Nesse diapasão, em razão da obrigatoriedade do concurso para ocupar cargo ou emprego público na Administração Pública Direta ou Indireta, qualquer outro processo de provimento, que escape aos limites ora expostos, será inconstitucional.

Sem embargo, é certo que há exceções previstas no próprio texto constitucional, vale dizer, há situações nas quais o constituinte, por estratégia política, excepcionalmente dispensa a aprovação prévia em concurso público pelo servidor.

Relativamente aos cargos vitalícios, dispensou o constituinte o concurso para os integrantes do quinto constitucional dos Tribunais Judiciários, compostos de membros do Ministério Público e Advogados, consoante informa artigo 94 da CF/88. Igualmente, dispensou para os membros do Tribunal de Contas, para os ministros do STF e do STJ, conforme, respectivamente, dicção do artigo 73 §1º e 2º, artigo 101, parágrafo único e artigo 104, parágrafo único, todos da CF/88⁶¹.

Outrossim, não exigiu o constituinte o concurso público, conforme redação do artigo 37, inciso II, já transcrito, para o provimento dos cargos em comissão. Neste caso, a inexigibilidade atende à própria natureza desses cargos, cuja titularização pressupõe a relação de confiança com a autoridade nomeante.

Ainda, afora as situações de dispensa do concurso público, o constituinte, estabeleceu uma *norma de transição*, no *artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT*, criando uma estabilidade excepcional para servidores não concursados, na medida em que facultou a permanência na Administração Pública daqueles servidores que, a despeito de não terem ingressado por meio do concurso, contavam com cinco anos ininterruptos à época da promulgação da constituição.

Essa norma, apesar de, em um primeiro momento, parecer de simples exegese, comporta inúmeros vieses interpretativos, de modo que apenas uma interpretação em conformidade com a constituição, com os valores e mandamentos ali consagrados, pode ser considerada válida.

⁶¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ob. cit., p. 638.

Neste orbe, empreender-se-á, nos capítulos que se seguem, um estudo acerca do artigo 19 do ADCT, buscando, desvelar sua natureza jurídica, o que pressupõe a diferenciação entre os institutos da efetividade, estabilidade e estabilização. Outrossim, buscar-se-á definir o regime de previdência desses servidores, considerando que o texto constitucional é omissivo quanto à questão, e a consequente submissão ou não, dos seus atos de pessoal, à fiscalização e registro pelas Cortes de Contas. Também será objeto de análise a possibilidade de concessão de melhorias funcionais a esses servidores, bem como a possibilidade de se estender a norma para além das disposições literais nela contidas. Ao fim, com o desiderato de avaliar a aplicação da norma na prática, investigar-se-á o tratamento dado pelo Tribunal de Contas do Estado de Goiás – TCE/GO.

2.2 DO FAVOR CONSTITUCIONAL CONCEDIDO PELO ARTIGO 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS

Consoante já narrado em linhas pretéritas, o concurso público para a investidura em cargos públicos é uma exigência que remonta à Constituição de 1934.

Na Constituição de 1967, esse comando encontrava assento no já transcrito artigo 97, §1º, que era expresso ao exigir o concurso para a primeira investidura em cargo público.

Não obstante, em que pese a exigência constitucional do concurso público, fato é que no período antecedente à CF/88 inúmeras admissões ocorreram sem a observância do mandamento. Tendo em vista essa realidade fática, o constituinte originário positivou, no artigo 19 do ADCT, um verdadeiro *favor (privilégio) constitucional* àquele servidor admitido sem concurso público há pelo menos cinco anos antes da promulgação da Constituição.

O artigo em referência está vazado nos seguintes termos, *litteris*:

“Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.”

De acordo com as lições do douto Gilmar Ferreira Mendes, quando o Poder Constituinte dá início a uma nova conformação jurídica se depara com situações que se alongaram no tempo e que, por essa razão, motivaram expectativas de permanência. Com o intuito de não frustrá-las, esse constituinte opta, muitas vezes, por mantê-las, em certos limites, e assim o faz no ADCT⁶². Tais disposições, ainda segundo o referido doutrinador, são tidas como parte da Constituição, recebendo o mesmo tratamento dispensado aos preceitos de natureza permanente⁶³.

No âmbito da jurisdição constitucional, idêntico é o entendimento sobre o valor jurídico das disposições transitórias, conforme atesta decisão do STF, senão veja-se:

PRECATÓRIO - PAGAMENTO PARCELADO - ADCT, ART. 33 - NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS INTEGRANTES DO ADCT - RELAÇÕES ENTRE O ADCT E AS DISPOSIÇÕES PERMANENTES DA CONSTITUIÇÃO- ANTINOMIA APARENTE - A QUESTÃO DA COERÊNCIA DO ORDENAMENTO POSITIVO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO - Os postulados que informam a teoria do ordenamento jurídico e que lhe dão o necessário substrato doutrinário assentam-se na premissa fundamental de que o sistema de direito positivo, além de caracterizar uma unidade institucional, constitui um complexo normativo cujas partes integrantes devem manter, entre si, um vínculo de essencial coerência - O Ato das Disposições Transitórias, promulgado em 1988 pelo legislador constituinte, qualifica-se, juridicamente, como estatuto de índole constitucional (RTJ 172/226-227). A estrutura normativa que nele se acha consubstanciada ostenta, em conseqüência, a rigidez peculiar às regras inscritas no texto básico da Lei Fundamental da República. Disso decorre o reconhecimento de que inexistem, entre as normas inscritas no ADCT e os preceitos constantes da Carta Política, quaisquer desníveis ou desigualdades quanto à intensidade de sua eficácia ou à prevalência de sua autoridade. Situam-se, ambos, no mais elevado grau de positividade jurídica, impondo-se, no plano do ordenamento estatal, enquanto categorias normativas subordinantes, à observância compulsória de todos, especialmente dos órgãos que integram o aparelho de Estado (RTJ 160/992-993)(...). Sem grifos no original (STF, 2º Turma, RE- AgR 215107/PR, Min. Rel. Celso de Mello, j. em 20.11.06, DJ 02.02.07)

⁶² Destaque-se que no ADCT podem ser inseridos preceitos com o intuito de excepcionar alguma regra geral da parte principal da Constituição. Igualmente, tanto o constituinte originário como o de reforma podem deliberar sobre temas concretos, em regulação por prazo definido, preferindo fazê-lo fora do Texto principal, mas com o mesmo valor jurídico das normas ali contidas. Outras tantas vezes, o assunto em si mesmo parece de menor estatura ao legislador constitucional, que, mesmo assim, quer recobri-lo com a proteção de que gozam as normas constitucionais, inserindo-o no ADCT.

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, *Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 79

Nesse orbe, considerando que as disposições do ADCT fazem parte da Constituição e esta é uma unidade coerente, faz-se necessário empreender uma interpretação do artigo 19 do ADCT de forma a coaduná-lo aos valores da ordem constitucional.

Observa-se do comando que se trata de *uma garantia de permanência no serviço público* facultada aos servidores públicos que estivessem em exercício há pelo menos cinco anos na data da promulgação da Carta e que não tenham sido admitidos na forma estabelecida no artigo 37, inciso II. Essa garantia foi denominada, pela mais abalizada doutrina, de **estabilização**⁶⁴.

A despeito de a *estabilização* ser considerada uma forma de estabilidade, insta ressaltar que esta disposição possui natureza de **norma de exceção**, a qual deve ser interpretada restritivamente, de modo a não se conferir um sentido e alcance elástico ao dispositivo, incompatível com sua *mens legis*.

Para tanto, revela-se imprescindível distingui-la da efetividade e da estabilidade.

Em decorrência da aprovação em concurso público, o servidor público empossado torna-se titular de cargo *efetivo*. Assim, tem-se que a **efetividade** consiste num atributo do cargo, podendo ser definido como a situação jurídica que qualifica a titularização de cargos efetivos, cujo provimento exige a prévia aprovação em concurso público, o qual denota a importância estratégica dos mesmos dentro da organização administrativa, caracterizando-se pela *definitividade*⁶⁵.

Acrescente-se, ainda, que ao servidor público ocupante de cargo efetivo, em virtude de prévia aprovação em concurso público, é outorgado o direito de permanecer no serviço público, após três anos de *efetivo exercício*, conforme estabelece o artigo 41, *caput*, da CF/88, isto é, o servidor passa a ser estável, sendo a **estabilidade**, portanto, uma garantia constitucional de permanência no serviço

⁶⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit. p. 679.

⁶⁵ *Ibidem*. p. 682.

público dada ao servidor público ocupante de cargo efetivo após o decurso do prazo mencionado⁶⁶.

Evidente, portanto, que os servidores que se enquadrarem no arquétipo legal definido pelo artigo supracitado são considerados *estabilizados* e não *estáveis* no serviço público, bem como o “*locus*” ocupado por eles não se reveste de *efetividade*.

Este entendimento é corroborado pelo artigo 19, § 1º, da CF/88, senão veja-se:

§ 1º O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

Nos termos desse dispositivo, o tempo de serviço prestado pelos servidores que adquiriram essa estabilidade excepcional poderá ser contado “como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação na forma da lei”, evidenciando, portanto, que apenas com a submissão ao concurso público estes servidores poderão se tornar servidores efetivos⁶⁷.

Esse entendimento é perfilhado pela doutrina administrativista, consoante se depreende das lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *in verbis*:

“O reconhecimento da estabilidade a esses servidores não implicou efetividade, porque esta só existe com relação a cargos de provimento por concurso”⁶⁸.

Destaque-se que esse entendimento também encontra respaldo na jurisprudência do STF. Por oportuno, traz-se à baila o seguinte julgado:

“O servidor que preencher as condições exigidas pelo art. 19 do ADCT-CF/88 é estável no cargo para o qual fora contratado pela

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit. p. 667.

⁶⁷ Destaque-se que a redação do artigo 19, §1º, apenas fala em concurso, e não em concurso público, o que enseja dúvida acerca da natureza do procedimento. Para alguns autores, dentre os quais se destaca, Adilson Abreu Dallari, o concurso pode ser interno, restrito aos servidores estabilizados. Para outros, por seu turno, a exemplo de Diógenes Gasparini, o concurso deve ser público já que esta é a única modalidade consagrada da CF/88. Esse último entendimento é o melhor se amolda à exigência contida no artigo 37, inciso II. Ademais, é certo que a norma do § 1º somente faz sentido se considerada a possibilidade de concurso público, para permitir a diferenciação de tratamento entre o candidato que não é abrangido pela norma do *caput* e aquele que é beneficiado pela mesma. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W., STRECK, Lenio L. (Coords). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2214.

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit. p. 666.

Administração Pública, mas não é efetivo. Não é titular do cargo que ocupa, não integra a carreira e goza apenas de uma estabilidade especial no serviço público, que não se confunde com aquela estabilidade regular disciplinada pelo art. 41 da Constituição Federal. Não tem direito a efetivação, a não ser que se submeta a concurso público, quando, aprovado e nomeado, fará jus à contagem do tempo de serviço prestado no período de estabilidade excepcional, como título.” (STF, 2ª Turma, RE n.º 163.715/PA, Min. Rel. Maurício Corrêa, j. em 17.09.1996, DJ 17.12.1996).

Evidente destarte, que o servidor estabilizado nos moldes do artigo 19 do ADCT não se confunde com o servidor efetivo e estável delineado no bojo do artigo 41 da CF/88.

Embora, sem embargo, tratem-se de conceitos distintos, imperioso destacar, conforme o faz a Maria Sylvia Zanella di Pietro, que os estáveis (nos termos do artigo 41 da CF/88) e os estabilizados (nos moldes do artigo 19 do ADCT) “(...) têm igual garantia de permanência no serviço público: só podem perder seus cargos, empregos ou funções, por sentença judicial transitada em julgado ou processo administrativo em que se tenha assegurada ampla defesa”⁶⁹.

Feitas essas considerações, cumpre investigar os destinatários da benesse constitucional, haja vista que, como posto, uma interpretação elástica do dispositivo se revela incompatível com sua *mens legis* e não guardar compatibilidade com os demais dispositivos constitucionais.

Os renomados doutrinadores José Joaquim Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck, na obra *Comentários à Constituição do Brasil*, partindo da premissa de que o artigo 19, *caput*, não fez qualquer distinção quanto ao tipo de vínculo que une o servidor ao Estado, fazendo menção ao *servidor público civil*, aduzem que o favor constitucional alcançou os servidores estatutários, bem como os celetistas.

A fim de corroborar, veja-se:

Como não fez qualquer distinção quanto ao tipo de vínculo que une o servidor ao Estado, alcançou os servidores celetistas, assim chamados porque contratados sob o regime da CLT. Note-se que, na Constituição anterior, a exigência de concurso público somente se aplicava à investidura em cargo público e não em emprego público

⁶⁹ Idem p. 667.

(art. 97, §1º, na redação dada pela Emenda n. 1/69). Em consequência, havia, no quadro de servidores públicos, a categoria dos chamados servidores celetistas.⁷⁰

No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho, ao tratar da estabilização, aduziu que essa forma de garantia “(...) teve incidência de grande amplitude, abrangendo os servidores públicos estatutários e trabalhistas (...)”⁷¹.

Data máxima vênia, considera-se que não é essa a interpretação que deve ser conferida à expressão *servidores públicos civis* utilizada no dispositivo constitucional.

Primeiramente, deve-se consignar que a expressão *servidores públicos civis* não pode ser interpretada desvencilhando-se do contexto em que fora empregada.

De fato, à luz da teoria administrativista é possível identificar doutrinadores, a exemplo de Maria Sylvia Zanella di Pietro, que, ao tratar dos Agentes Públicos, considera, para fins classificatórios, a categoria servidores públicos como o gênero do qual são espécies os servidores estatutários, os empregados públicos (celetistas) e os servidores temporários.

Partindo-se dessa classificação doutrinária, poder-se-ia afirmar que o artigo 19, *caput*, abrangeria os estatutários, celetistas e temporários.

Todavia, não é essa a exegese correta. A um porque a interpretação do direito positivo ficaria a mercê de compreensões e classificações doutrinárias, que, como se sabe, não são uníssonas. A dois porque vários são os indicativos constitucionais de que o comando apenas se dirige aos servidores estatutários.

Consoante já devidamente abordado em linhas pretéritas, a Carta Constitucional de 1967 apenas exigia o concurso público para a primeira investidura dos cargos públicos, não o fazendo para os empregos públicos. Destarte, o ingresso de empregados na Administração Pública, antes da promulgação da CF/88, sem o concurso público, não encontra nenhuma mácula.

⁷⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W., STRECK, Lenio L. (Coords). op. cit. p. 2213/2214.

⁷¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit. p. 679.

Neste diapasão, considerando que essas admissões não possuem vício de constitucionalidade, na medida em que não violaram a constituição vigente à época, não há razão para incluí-las no espectro de abrangência de uma norma de transição que objetivou convalidar situações irregulares.

Há, ainda, outros indicativos de que o artigo 19 em análise se restringe aos estatutários.

Nos termos do artigo 41 da CF/88 são estáveis no serviço público - só perdendo o cargo em virtude de sentença transitada em julgada, mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa ou mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa - os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo, em virtude de concurso público, após três anos de efetivo exercício.

É certo, portanto, que a estabilidade não alcança os empregados públicos. Os ocupantes de emprego são beneficiados com os direitos sociais consagrados no artigo 7º da CF/88, dentre os quais se destaca: a proteção contra despedida arbitrária, o seguro-desemprego e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, direitos esses que, por seu turno, não são estendidos aos servidores estatutários.

Trata-se, por óbvio, de regimes jurídicos diferentes: o regime estatutário e o regime celetista.

Consoante já colacionado alhures, a estabilização excepcional do artigo 19, apesar de não se confundir com a estabilidade do artigo 41, dela se aproxima, na medida em que garante a permanência no serviço público, só podendo o servidor perder o cargo por sentença judicial transitada em julgada ou processo administrativo com observância da ampla defesa.

Sem embargo, essa garantia de permanência no serviço público não guarda compatibilidade com o regime celetista que já possui meios protetivos próprios contra dispensa arbitrária.

Ad argumentandum tantum, como argumento de reforço para se restringir o benefício do artigo 19 aos estatutários, tem-se o Regime Jurídico Único, estabelecido pela redação original do artigo 39, *caput*, da CF/88.

O artigo 39, *caput*, da CF/88, em sua redação original, determinou à União, Estados e Distrito Federal, e Municípios que instituíssem, no âmbito de sua competência, regime jurídico único para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas⁷².

Embora o texto constitucional não tenha definido qual seria esse Regime Jurídico Único, considera-se que seja o regime estatutário, em razão do ponto comum que há entre todos esses servidores, qual seja, vínculo funcional estabelecido com pessoas jurídicas de direito público.

Destarte, é notória a dificuldade de conciliar o artigo 39, *caput*, com a estabilização excepcional eventualmente conferida aos empregados públicos. A implantação de um regime jurídico único, colimado pelo constituinte, revela-se, ao menos *a priori*, incompatível com a concessão de estabilidade aos empregados públicos. Diz-se *a priori*, uma vez que a norma insculpida no artigo 19, como já posto, trata-se de norma de transição, de modo que poderia o constituinte permitir a coexistência do regime jurídico único com, transitoriamente, os empregados públicos estabilizados. Todavia, considerando os demais argumentos acima elencados, a possibilidade de extensão da estabilização aos empregados públicos revela-se insustentável.

Por outro lado, quanto aos servidores das empresas estatais (empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades sob controle direto ou indireto das entidades políticas), e das fundações de direito privado, destaque-se que não há qualquer celeuma. Isto porque, conforme se depreende da redação do artigo 19, ele apenas se destina aos servidores públicos civis da Administração Direta, Autárquica e Fundações Públicas.

⁷² Registre-se que o Regime Jurídico Único, consagrado pela redação original do artigo 39, *caput*, da CF/88, foi extinto com a Emenda Constitucional n.º 19/98. Todavia, o STF, em 2007, ao julgar a ADIN n.º 2.135-4, considerou que a EC n.º 19/98 padecia de vício de formal de inconstitucionalidade. Assim, julgada inconstitucional a referida emenda, com efeitos *ex nunc*, voltou a vigorar a redação primitiva do artigo 39, *caput*, em cujo bojo se exige o Regime Jurídico Único.

Nesse sentido, apregoa o STF, *litteris*:

O art. 19 do ADCT da Constituição de 1988 tem abrangência limitada aos servidores civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entre eles não se compreendendo os empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista. CF, arts. 39 e 173, § 1º (ADI nº 112, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 24/8/1994, Plenário, DJ de 9/2/1996). No mesmo sentido: ADI nº 1.808, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 18/9/2014, Plenário, DJE de 10/11/2014.

Interessante pontuar as lições de José Joaquim Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck. Segundo esses autores, essa restrição se impõe pelo fato de que o artigo 39 da CF/88, na redação original, estabeleceu a instituição de regime jurídico único para os servidores da administração direta, autarquias e fundações públicas. Nas palavras dos nobres doutrinadores:

“É para essas entidades que se justifica o regime estatutário; para as entidades integrantes da administração indireta, com personalidade de direito privado, não se justifica a aplicação do regime estatutário, até porque elas nem mesmo dispõem de cargos públicos e sim de empregos públicos. **A consequência lógica é a concessão de estabilidade aos servidores não concursados integrantes apenas das entidades públicas, como é o caso das autarquias e fundações com personalidade de direito público.**”⁷³ *Sem grifos no original*

O argumento de que se valem os autores é substancial. Contudo, não se pode perder de vista que serve também para corroborar o entendimento defendido em linhas anteriores (qual seja, de que a norma de transição prevista no artigo 19 do ADCT não alcança os empregados públicos, ainda que da Administração Direta, Autárquica ou Fundacional), razão pela qual se poderia aventar, com a dada licença, certa incoerência no pensamento dos doutrinadores, que apenas excepciona do artigo 19 os empregados públicos das entidades públicas de direito privado.

Todavia, registre-se, por oportuno, que as admissões dos empregados públicos das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado, anteriores a 05/10/88, realizadas sem o prévio concurso público, não

⁷³ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W., STRECK, Lenio L. (Coords). op. cit. p. 2214.

podem ser consideradas inconstitucionais, a teor do que dispunha o artigo 97, § 1º, da CF/67.

Nesse sentido, veja-se o entendimento do STF, *in verbis*:

Não ofende o art. 37, inciso II, da Constituição atual o reconhecimento de vínculo empregatício com empresa pública, iniciado sem concurso público, em período anterior a sua entrada em vigor. Precedentes: AI nº 290.014-AgR (Rel. Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, DJ de 7/10/2005); RE nº 313.130 (Rel. Min. Mauricio Corrêa, DJ de 5/8/2002); RE nº 454.410 (Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 12/8/2005); AI nº 254.417-AgR (Rel. Min. Octavio Gallotti, Primeira Turma, DJ de 16/6/2000); e AI nº 367.237-AgR (STF, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 27/3/2007, DJ 3/8/2007).

Destaque-se, ainda, que, nos termos do artigo 19, § 2º, e § 3º do ADCT, a estabilização não pode ser estendida aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração. Outrossim, não pode ser aplicada aos professores de nível superior. Neste sentido, veja-se:

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do "caput" deste artigo, exceto se se tratar de servidor.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei.

Quanto aos que ocupam cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, e os que a lei declare de livre exoneração, a razão da exclusão reside na própria natureza desses cargos, empregos ou funções, destinados ao provimento provisório e sempre passíveis de livre provimento e exoneração - exoneração *ad nutum*-, não vocacionados, portanto, a gerar estabilidade⁷⁴.

Por seu turno, relativamente aos professores universitários, o motivo pelo qual não lhes foi concedida a estabilidade excepcional reside no fato da carreira universitária ser constituída por vários níveis, que vão sendo conquistados pelo

⁷⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W., STRECK, Lenio L. (Coords). op. cit. p. 2215.

preenchimento de requisitos de mérito apurados em concursos de titularidade. Conceder a estabilidade aos contratados temporariamente, independentemente de sua titulação, poderia implicar um incentivo à estagnação na carreira, já que o professor estaria protegido pela estabilidade no serviço público, ou poderia perpetuar-se na situação em que se encontrava quando da promulgação da Constituição, sem que tivesse adquirido qualquer título próprio da carreira universitária⁷⁵.

Assentadas essas premissas, com o delineamento dos contornos da norma insculpida no artigo 19 do ADCT, cumpre avançar na investigação a fim de definir, em relação aos servidores estabilizados, questões que não foram tratadas de modo expreso pelo constituinte, mas que possuem importantes repercussões. Dentre as questões, encontra-se a definição do regime de previdência desses servidores, que, por conseguinte, determinará a submissão, ou não, dos seus atos de pessoal ao controle exercido pelos Cortes de Contas, nos termos do artigo 71, inciso III, da CF/88. Outrossim, investigar-se-á a constitucionalidade das concessões de melhorias funcionais aos estabilizados.

2.3 DO REGIME DE PREVIDÊNCIA DO SERVIDOR ESTABILIZADO E DA COMPETÊNCIA DAS CORTES DE CONTAS

Hodiernamente, o texto constitucional prevê dois regimes previdenciários, quais sejam, o Regime Geral de Previdência Social – RGPS e o Regime Próprio de Previdência Social dos servidores públicos - RPPS.

O regime previdenciário é previsto para todas as categorias de servidores públicos, de modo que, nos termos da reforma previdenciária realizada pela Emenda Constitucional n.º 20/98, alguns estão sujeitos ao RGPS, estabelecido no artigo 201 e seguintes da CF/88, em tudo igual ao do trabalhador privado, enquanto outros estão sujeitos ao regime previdenciário próprio do servidor, previsto no artigo 40 da carta constitucional⁷⁶.

⁷⁵ Ibidem

⁷⁶ O RGPS é disciplinado pela Lei n.º 8.212/91, enquanto o RPPS é regido pela Lei n.º 9.717/98 (alterada pela Lei n.º 10.887/04), que dispõe sobre regras gerais para a organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O artigo 40, *caput*, da CF/88, ao delinear os contornos do regime próprio de previdência, prescreve, *litteris*:

“Aos servidores titulares de **cargos efetivos** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.”

Em complemento ao disposto no *caput* do artigo 40, da CF/88, dispõe o § 13º do mesmo artigo:

“Ao servidor ocupante, exclusivamente, de **cargo em comissão** declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro **cargo temporário** ou de **emprego público**, aplica-se o regime geral de previdência social.”

Do disposto nas normas supracitadas, resulta que o regime próprio de previdência social aplica-se, como regra, ao titular de cargo *efetivo*, sendo que, ao ocupante de cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração, de cargo temporário ou de emprego público, será aplicado o regime geral de previdência social.

Por sua vez, impende ressaltar que, quanto aos servidores considerados **estabilizados**, não houve previsão expressa a respeito do regime previdenciário a que devem se submeter.

Sem embargo, tendo em vista que o artigo 6º da CF/88, inserido no título pertinente aos direitos e garantias fundamentais, elenca dentre os direitos sociais a previdência social, faz-se mister corrigir essa omissão, a fim de enquadrar tais servidores em um dos regimes de previdência social previstos.

No seio doutrinário e jurisprudencial, nota-se que esse imbróglio não tem encontrado uma resposta⁷⁷.

A primeira exegese que se apresenta, considerando a diferenciação feita no tópico anterior entre efetividade, estabilidade e estabilização, é no sentido de que os

⁷⁷ Não ao menos no levantamento bibliográfico realizado para o desenvolvimento do presente estudo.

estabilizados não poderiam se aposentar pelo regime próprio, uma vez que não titularizam cargos de provimento efetivo, tal como exige o *caput* do artigo 40 da CF.

O STF não se manifestou de forma definitiva acerca do assunto. Todavia, no julgamento da ADI 4.876/DF, cujo objeto era a apreciação da constitucionalidade da Lei Complementar n.º 100/2007 do Estado de Minas Gerais, que tornou titulares de cargos efetivos servidores que ingressaram na Administração Pública sem concurso público, englobando servidores admitidos antes e depois da Constituição de 1988, a questão foi tangenciada pelos ministros. Dentre as normas vergastadas estava o artigo 7º, inciso II, que tornou titulares de cargo efetivo os estabilizados nos termos do artigo 19 do ADCT.

Na oportunidade, os ministros buscaram modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em relação aos servidores que já estavam aposentados. Entretanto, se deparam com um “elemento complicador”, conforme se verifica das palavras do Ministro Marco Aurélio:

“Há um elemento complicador, porque teriam se aposentado, a partir dessa lei, em cargo efetivo quando a carta da República prevê que, nessas situações em que se tem apenas a estabilidade, a aposentadoria é pela Previdência Geral”⁷⁸.

O ministro, contudo, parece não estar certo da sua posição, já que nas linhas seguintes aduz:

“Veja este problema: seria uma aposentadoria pela Previdência Geral ou uma aposentadoria como se efetivo fosse? Não sei!”

Mais adiante, enquanto debatiam se preservariam os aposentados, na situação em que eles se aposentaram, é possível identificar a manifestação dos demais ministros:

Ministra Cármen Lúcia – Mas o que eu digo, Ministro, é que eles seriam aposentados. Eles não deixariam de ser aposentados. Apenas o regime da aposentadoria seria o regime geral.

Ministro Luís Roberto Barroso – Voltaria para o artigo 19. Iria para o regime geral, que é o que se aplica aos estabilizados do artigo 19 do ADCT.

⁷⁸ ADI 4.876/DF. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte, ano 12, n.46, p. 217-245, jul./set.2014.

(...)

Ministro Luís Roberto Barroso - Posso ler o artigo 19, que é o que deu a estabilização?

“Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da Constituição” - ou seja, o concurso -, “são considerados estáveis no serviço público”.

Como é o regime de aposentadoria desses servidores do artigo 19? É o regime próprio - imagino.

Ministro Marco Aurélio – Não. É o da Previdência.

Ministra Cármen Lúcia - Eles não são efetivos num cargo.

Ministro Dias Toffoli (relator): Só que eles não são efetivos; eles não são titulares.

Ministro Marco Aurélio – É o da Previdência, porque o regime...

Ministro Luís Roberto Barroso - Então, é o regime geral?

Ministro Dias Toffoli (relator): São estabilizados.

(...)

Ministro Marco Aurélio – Presidente, se formos ao artigo que versa a aposentadoria do servidor da União, do servidor dos Estados, do servidor dos Municípios, vamos ver que a premissa básica é deter, ser titular de um cargo efetivo, e não se chega a cargo efetivo sem concurso público.

Embora não seja possível extrair do debate um entendimento uníssono da Corte Suprema, é possível verificar que os magistrados tendem a considerar que o servidor estabilizado pelo artigo 19 do ADCT se submete ao RGPS, na medida em que o regime próprio, nos termos do artigo 40, *caput*, se restringiria aos servidores efetivos.

Todavia, o deslinde da questão não é tão simplório quanto o raciocínio desenvolvido demonstra parecer.

Faz-se mister atentar aos demais dispositivos constitucionais, bem como à necessidade de se empreender uma interpretação que privilegie a unidade da Constituição.

Nessa lógica, ao lado do artigo 40, *caput*, imperioso analisar o referido § 13, delimitando-se os casos aos quais se aplicam tal disposição excepcional.

Do inserto no § 13, extrai-se ser ele dirigido a três espécies de servidores, quais sejam: a) o empregado público, submetido à Consolidação das Leis do Trabalho; b) o ocupante exclusivamente de cargo em comissão; e c) o ocupante de outro cargo temporário.

Em relação ao ocupante de emprego público, tem-se que a natureza de seu vínculo é contratual, submetendo-se ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho. O artigo 19 do ADCT, conforme aduzido em linhas anteriores, apenas se refere aos servidores públicos estatutários, e não aos celetistas, razão pela qual não se pode equiparar os estabilizados aos empregados públicos.

Quanto ao ocupante exclusivamente de cargo em comissão de livre nomeação e exoneração, tem-se que o próprio § 2º do artigo 19 do ADCT exclui a concessão da estabilização para tais ocupantes, concluindo-se, assim, que os estabilizados não podem se equiparar aos comissionados.

Assim, resta averiguar a possibilidade de equipar os estabilizados aos ocupantes de outro cargo temporário.

Como acima foi realçado, o § 2º do artigo 19 do ADCT positiva que não terão estabilização os ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, e os que a lei declare de livre exoneração, tendo em vista justamente a *provisoriedade e precariedade* de seu vínculo com a Administração Pública. Dessa forma, tem-se que o próprio artigo 19 cuidou de excluir, da estabilidade excepcional ali concedida, aqueles que não têm um vínculo permanente com a administração, não sendo possível, portanto, enquadrar os servidores estabilizados no conceito de cargo temporário.

Da delimitação desenvolvida, resulta que o artigo 40, § 13 não abrange os servidores estabilizados do artigo 19 do ADCT, na medida em que esses servidores não se enquadram em nenhuma das categorias ali elencadas.

Partindo dessa constatação, e tendo em vista que o referido § 13 constitui uma **norma de exceção**, uma vez que, para os servidores públicos a regra é a de que se submetam ao regime próprio de previdência social - afirmação esta que pode ainda ser inferida a partir de uma abordagem de técnica legislativa, segundo a qual o *caput* do artigo deve estabelecer as normas gerais, enquanto suas partes componentes (parágrafos, incisos e alíneas) deve veicular as exceções - e como tal deve ser interpretada restritivamente, tem-se que os estabilizados devem ser enquadrados na regra geral do artigo 40 da Constituição, sendo, portanto, a eles aplicado o regime próprio de previdência social.

Tal entendimento vem ao encontro do que foi estabelecido no parecer nº GM 030/02, do Advogado-Geral da União, no processo nº 00001.005869/2001-2, o qual possui força vinculante, no âmbito da Administração Pública Federal, por força do disposto no art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993⁷⁹. Resulta do parecer que todos os servidores públicos estatutários admitidos no serviço público anteriormente à promulgação da Constituição Federal, e independentemente de serem titulares de cargo de provimento efetivo, estão vinculados a regime próprio de previdência, desde que a natureza das atribuições, das funções ou cargos ocupados seja permanente.

Outrossim, destaque-se que esse entendimento encontra, *mutatis mutandis*, guarida na Lei Complementar n.º 77/2010, que regula o Regime Próprio de Previdência dos Servidores do Estado de Goiás. O artigo 3º desse diploma considera, para os efeitos da lei, incluído no conceito de cargo efetivo o conjunto de atribuições, deveres e responsabilidades específicos definidos em lei cometidos a beneficiário da estabilidade decorrente do disposto no artigo 19 do ADCT.

Nesse sentido, veja-se:

I – cargo efetivo: o conjunto de atribuições, deveres e responsabilidades específicos definidos em lei estadual, cometidos a servidor público aprovado por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos ou beneficiário da estabilidade decorrente do disposto no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Republicana e dos efeitos produzidos pelo art. 25 da Lei nº 11.655, de 26 de dezembro de 1991, revogado

⁷⁹ Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2016/06/ParecerAGUnGM-030de04abr2002.pdf>. Acesso em: 24/01/2017.

pelo art. 46 da Lei nº 13.550, de 11 de novembro de 1999, vinculado ao RPPS;

Em que pese a impropriedade técnica da lei, ao considerar os estabilizados titulares de cargos de provimento efetivo, é certo que, nos termos da legislação do Estado de Goiás, os beneficiários do artigo 19 do ADCT estão vinculados aos RPPS.

Ante o exposto, considerando, portanto, que uma interpretação que prestigie a unidade da constituição conduz à ilação de que os servidores estabilizados se vinculam ao RPPS, é certo que os atos de aposentadoria e pensão desses servidores estão sujeitos à apreciação de legalidade e registro, pela Corte de Contas, nos termos do artigo 71, inciso III, da CF/88.

CAPÍTULO 3 – DA EXCEPCIONALIDADE DO ARTIGO 19 DO ADCT E OS DESDOBRAMENTOS PRÁTICOS.

3.1 DA VEDAÇÃO DE MELHORIAS FUNCIONAIS AOS SERVIDORES ESTABILIZADOS

Conforme raciocínio desenvolvido no capítulo anterior, os servidores estabilizados, nos termos do artigo 19 do ADCT, vinculam-se ao Regime Próprio de Previdência Social. Sem embargo, não se pode, por essa razão, querer equipará-los aos servidores titulares de cargos efetivos, dispensando o mesmo tratamento conferido a estes últimos.

Como já exposto, a estabilização do artigo 19 do ADCT consiste, em verdade, num favor constitucional, tratando-se, pois, de uma exceção à exigência de concurso público para a aquisição da estabilidade.

Assim, para além de se considerar que a disposição inculpada no artigo 19 do ADCT apresenta feição eminentemente política, ao visar empreender uma pacificação ou estabilização das relações jurídicas constituídas, vale asseverar que esta norma deve ser interpretada nos estritos limites em que foi conferida, a fim de não desvirtuar a escorreita aplicação da Constituição de 1988.

Dessa forma, é demasiado forçoso e desarrazoado partilhar de parcela do entendimento esposado no referido Parecer nº GM 030/02, do Advogado-Geral

União, segundo o qual a interpretação da norma de estabilidade especial teve por objetivo conceder, a quantos servidores contassem com o tempo de serviço igual ou superior a cinco anos, na data da promulgação da Constituição, os mesmos direitos conferidos aos servidores titulares de cargo efetivo abrangidos pela regra geral, haja vista que o ingresso no serviço público deve ser precedido de aprovação em concurso, a qual constitui *conditio sine qua non* para aquisição de efetividade no cargo e estabilidade no serviço público.

Conforme jurisprudência assente das Cortes Superiores, tem-se que:

“[...] preenchidas as condições insertas no preceito transitório, o servidor é estável, mas não é efetivo, e **possui somente o direito de permanência no serviço público no cargo em que fora admitido, todavia sem incorporação na carreira, não tendo direito à progressão funcional nela, ou a desfrutar de benefícios que sejam privativos de seus integrantes.**”(STF, 2ª Turma, RE n.º 356612/CE, Min. Rel. Joaquim Barbosa, j. em 18.03.2010, *DJe* 08.04.2010). *Sem grifos no original*

“[...] o servidor estável, mas não efetivo, possui somente o direito de permanência no serviço público no cargo em que fora admitido. **Não faz jus aos direitos inerentes ao cargo ou aos benefícios que sejam privativos de seus integrantes.**” (STF 2ª Turma, AG.REG no RE n.º 400343/CE, Min. Rel. Eros Grau, j. em 17.06.2008, *DJe* 31.07.2008). *Sem grifos no original*

“[...] o recorrente não tem direito líquido e certo à gratificação de representação prevista no art. 1º da Lei Estadual nº 11.847/91, uma vez que não é titular de cargo efetivo, mas servidor estabilizado pelo artigo 19 do ADCT.” (STJ, 6ª Turma, RMS n.º 21859/CE, Min.(a) Rel.(a) Maria Thereza de Assis Moura, j. em 04.03.2010, *DJ* 22.03.2010).

Nessa trilha, mister concluir no sentido da distinção das categorias servidor *efetivo*, *estável* e *estabilizado*, a qual redundará na dispensa de tratamento diferenciado dentre os mesmos, o que inclui a vedação de concessão de melhorias funcionais aos estabilizados, alinhando-se ao entendimento jurisprudencial acima colacionado, segundo o qual resta evidenciada a impossibilidade de os estabilizados alcançarem a ***progressão funcional***.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, toda melhoria, em última análise, retrata uma forma de progressão funcional⁸⁰, a qual tanto pode ser concretizada

⁸⁰ CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. op. cit. p. 565.

através da **promoção**, quanto da **progressão horizontal**.

A *promoção* pode ser conceituada como a forma de provimento *derivado* - em que o cargo é preenchido por alguém que já tenha vínculo anterior com outro cargo, sujeito ao mesmo estatuto - pelo qual o servidor sai de seu cargo e ingressa em outro, situado em classe mais elevada⁸¹.

A *progressão horizontal*, por sua vez, dá-se quando o servidor permanece no mesmo cargo, mas dentro dele percorre um iter funcional, normalmente simbolizado por índices ou padrões, em que a melhoria vai sendo materializada por elevação dos vencimentos⁸².

Na mesma linha, ainda que de forma não coincidente, a Lei Estadual n.º 10.460/90 – Estatuto do Servidor Público do Estado de Goiás -⁸³, no *caput* do seu artigo 204, estabelece que a progressão horizontal é a variação remuneratória correspondente à passagem do funcionário de uma para outra referência, dentro da mesma *classe*.

Diante da discrepância vislumbrada entre o conceito doutrinário a respeito da progressão horizontal e a sua definição legal, poder-se-ia levantar o questionamento quanto à posição a ser adotada, na medida em que a eleição de um dos critérios provocaria uma repercussão no patrimônio do servidor público.

Tendo em vista ser a lei a principal fonte do direito, é a definição legal a base para solucionar esse questionamento, cuja opinião é comungada por José dos Santos Carvalho Filho, senão veja-se:

“Como foi dito, é claro que haverá variações de acordo com as diversas leis funcionais, algumas, aliás, disciplinadoras de regimes complicadíssimos e ininteligíveis de melhoria do servidor.”⁸⁴

Assim, no caso específico do Estatuto do Servidor Público do Estado de Goiás, é possível sustentar que a passagem de uma para outra referência, dentro de uma mesma classe, abarcaria a mudança de referência dentro de um mesmo cargo.

⁸¹ Ibidem. p. 564.

⁸² Ibidem. p. 565.

⁸³ Trouxe-se à baila o disposto nessa lei a título exemplificativo.

⁸⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ob. cit., p. 565.

Destarte, neste contexto, resulta que ao servidor estabilizado, por ser vedado a progressão horizontal, é vedado a mudança de referência, ainda que dentro de um mesmo cargo.

Essa constatação tem conseqüência direta na atuação dos Tribunais de Contas.

As Cortes de Contas ao apreciar a legalidade dos atos de aposentadoria dos servidores estabilizados deverão examinar se não foram conferidas progressões funcionais a esses servidores, seja através da promoção, seja através da progressão horizontal.

Isto porque, a despeito de se vincularem ao RPPS, não podem os estabilizados serem agraciados com a progressão funcional, de modo que a aposentadoria desses servidores apenas será constitucional se concedida no cargo e referência providos originariamente, competindo à Corte de Contas essa fiscalização.

3.2 DO CARÁTER EXCEPCIONAL DA NORMA INSCULPIDA NO ARTIGO 19 DO ADCT

Conforme já devesse assentado nesse estudo, a norma de transição positivada no artigo 19 possui natureza excepcional, na medida em que resulta na preterição da regra do concurso público para o provimento de cargos públicos.

Destarte, pela sua excepcionalidade, carece de interpretação restritiva.

A impossibilidade de ampliação da exceção prevista no artigo 19 do ADCT já foi reconhecida em diversas oportunidades pela Corte Suprema, neste sentido, veja-se:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO PÚBLICO. C.F., art. 37, II, art. 19, ADCT. CONSTITUIÇÃO DO AMAZONAS, art. 3º, §§ 1º, 2º e 3º; Lei 2.010, de 1990, art. 2º, Lei 2.018, de 1991, art. 2º, ambas do Estado do Amazonas. I. - Inconstitucionalidade do art. 3º e seus parágrafos do ADCT da Constituição do Amazonas, que ampliam os pressupostos do art. 19, ADCT, da Constituição Federal, ampliando a exceção constitucional (art. 19, ADCT) à regra inscrita no art. 37, II, da Constituição da República. Inconstitucionalidade, em consequência, do art. 2º da Lei 2.010/90 e do art. 2º da Lei 2.018/91, ambas do mesmo Estado, que dão execução ao artigo 3º e seus parágrafos das Disposições

Transitórias da Carta Estadual. II – Ação direta julgada procedente” (ADI nº 498/AM, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 9/8/96). *Sem grifos no original*

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 28 E PARÁGRAFOS DO ADCT DA CARTA DE MINAS GERAIS. ESTABILIDADE EXTRAORDINÁRIA. ART. 19 DO ADCT DA CARTA FEDERAL. 1. A exigência de concurso público para a investidura em cargo garante o respeito a vários princípios constitucionais de direito administrativo, entre eles, o da impessoalidade e o da isonomia. O constituinte, todavia, inseriu no art. 19 do ADCT norma transitória criando uma estabilidade

excepcional para servidores não concursados da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios que, quando da promulgação da Carta Federal, contassem com, no mínimo, cinco anos ininterruptos de serviço público. 2. **A jurisprudência desta Corte tem considerado inconstitucionais normas estaduais que ampliam a exceção à regra da exigência de concurso para o ingresso no serviço público já estabelecida no ADCT Federal.** Precedentes: ADI 498, rel. Min. Carlos Velloso (DJ de 09/08/1996) e ADI 208, rel. Min. Moreira Alves (DJ de 19/12/2002), entre outros. 3. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga procedente” (ADI nº 100/MG, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 1º/10/04). *Sem grifos no original*

“I. Servidor Público: estabilidade extraordinária (ADCT/CF/88, art. 19). O Tribunal tem afirmado a sujeição dos Estados membros às disposições da Constituição Federal relativas aos servidores públicos, **não lhes sendo dado, em particular, restringir ou ampliar os limites da estabilidade excepcional conferida no artigo 19 do ato federal das disposições transitórias.** II. Estabilidade excepcional (Art. 19 ADCT): não implica efetividade no cargo, para a qual é imprescindível o concurso público (v.g. RE 181.883, 2ª T., Corrêa, DJ 27.02.98; ADIns. 88-MG, Moreira, DJ 08.09.00; 186-PR, Rezek, DJ 15.09.95; 2433-MC, Corrêa, DJ 24.8.01). III. Concurso público: exigência incontornável para que o servidor seja investido em cargo de carreira diversa. 1. Reputa-se ofensiva ao art. 37, II, CF, toda modalidade de ascensão de cargo de uma carreira ao de outra, a exemplo do ‘aproveitamento’ de que cogita a norma impugnada. 2. Incidência da Súmula/STF 685 (‘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’). IV. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 25, 26, 29 e 30 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Ceará” (ADI nº 289/CE, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 16/3/07). *Sem grifos no original*

Nesse orbe, é certo que a estabilização conferida pelo artigo 19 do ADCT não pode acarretar a mudança de regime jurídico do servidor, que não pode passar de celetista para estatutário, já que não era esse o desiderato da norma.

Nessa seara, tem-se que devem ser consideradas inconstitucionais as leis que transformavam em estatutários e, pois, titulares de cargos efetivos, servidores trabalhistas contratados sem concurso, mesmo que tivessem mais de cinco anos de serviço público antes da promulgação da constituição. As lições de José dos Santos Carvalho Filho são elucidativas nesse sentido, senão veja-se:

“A norma do artigo 19 do ADCT da CF só conferiu estabilização aos servidores, mas não deu ensejo a provimento de cargos, o que só poderia ocorrer se o servidor se submetesse a concurso público e nele fosse aprovado, como exige o artigo 37, inciso II, da CF. É o típico caso de transformação de emprego em cargo só admissível mediante aprovação no respectivo certame.⁸⁵

De igual modo, é certo que não é possível estender a estabilidade excepcional aos servidores que ingressaram em cargo público após 05/10/1983.

Para os servidores que ingressaram após essa data em cargo público mister a aprovação prévia em concurso público, nos termos da leitura conjunta dos artigos 97, § 1º da CF/67 e artigo 19 do ADCT da CF/88.

O ingresso na Administração Pública sem concurso público, entre 05/10/1983 e 05/10/1988, apenas poderia acontecer para o provimento dos empregos públicos.

Entretanto, a fim de que a aplicação da referida isenção – atinente à inexigibilidade de concurso para os ocupantes de emprego público - se dê em consonância com a *mens legislatoris* do Constituinte de 1967, faz-se mister delinear o conceito de emprego público e a natureza do vínculo de seus ocupantes com o Poder Público, delimitando-se, assim, o sentido e o alcance da norma em comento e evitando-se burla do mandamento constitucional do concurso público para o provimento dos cargos públicos.

Sem embargo das classificações doutrinárias divergentes, tem-se que, à luz da Constituição Federal de 1988, os Agentes Públicos - conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma função pública como prepostos do Estado -, segundo doutrina majoritária, partilhada, e.g , pelo douto Celso Antônio Bandeira de Mello, se subdividem em Agentes Políticos, Particulares em Colaboração com a Administração, e Servidores Estatais. Entre estes últimos, são reconhecíveis dois

⁸⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ob. cit., p 636.

grupos, quais sejam, os servidores das pessoas governamentais de Direito Privado e os Servidores Públicos.

Como se pode depreender da atual Lei Maior, a expressão “Servidores Públicos” é a designação genérica utilizada para englobar todos aqueles que, integrados em cargos ou empregos, entretêm com o Estado e com as pessoas de Direito Público da Administração Indireta relação de trabalho de natureza profissional de caráter não eventual sob vínculo de dependência.

Do conceito *suso* mencionado, verifica-se que a categoria Servidores Públicos comporta duas espécies: os servidores titulares de cargos públicos na Administração Direta, nas autarquias e fundações de Direito Público, de um lado, e, de outro, os servidores empregados nas pessoas supra referidas.

Nas palavras do doutrinador José dos Santos Carvalho Filho, cargo público “é o lugar dentro da organização funcional da Administração Direta e de suas autarquias e fundações públicas que, ocupado por servidor público, tem funções específicas e remuneração em lei ou diploma a ela equivalente”⁸⁶.

No que tange à natureza da relação jurídica que vincula o servidor titular de cargo público ao Estado, tem-se que é de índole estatutária, vale dizer, o conjunto de regras que regula esta relação jurídica funcional é o regime estatutário.

Os empregos públicos, por sua vez, são delineados por Celso Antônio Bandeira de Mello como “núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes *contratados* para desempenhá-los, sob relação trabalhista, [...]. Sujeitam-se a uma disciplina jurídica que, embora sofra inevitáveis influências advindas da natureza governamental da contratante, basicamente, é a que se aplica aos contratos trabalhista em geral; portanto, a prevista na Consolidação das Leis do Trabalho”⁸⁷.

Dessas considerações acerca do emprego público, verifica-se que a natureza jurídica entre os ocupantes de emprego e as entidades governamentais é contratual

⁸⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ob. cit. p. 559.

⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. revista e ampliada, São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 251

e basicamente regida pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Da análise da Constituição de 1967, por sua vez, vislumbra-se inexistir a expressão servidores públicos. Para designar os ocupantes de cargo público, o Constituinte de 1967 valeu-se da expressão “funcionários públicos”, ao lado dos quais estariam os detentores de empregos públicos.

A despeito da distinção entre a CF/67 e a CF/88 quanto à terminologia, é certo que também na Constituição de 1967 a relação jurídica estabelecida entre os ocupantes de cargo público e o Estado eram regidas por um regime jurídico funcional distinto do regime trabalhista, este aplicado aos detentores de emprego público.

Contudo, não obstante ambas as constituições em comento prevejam a possibilidade de coexistência de cargos e empregos públicos no âmbito da estrutura organizacional da Administração Pública, faz-se mister anotar que, ante os diferentes regimes funcionais aplicados a cada um, não se mostra indolente a opção indiscriminada por um ou outro.

Da análise dos arcaouços constitucionais acerca do tema, bem como da natureza da relação jurídica que liga os ocupantes de cargo à administração, dessume-se, pelo motivo que se passa a demonstrar, que as atividades típicas de Estado, bem como as atividades - fins, devem ser desempenhadas por meio da instituição de cargo público, dirigido por regime estatutário.

O regime estatutário, ao outorgar, aos titulares de cargos, benefícios, tais como a estabilidade no serviço público para os concursados (art. 99 da CF/67 e art. 41 da CF/88), o direito à reintegração ao cargo antes ocupado, quando a demissão haja sido ilegal (art. 103, parágrafo único, da CF/67 e art. 41, § 2º, da CF/88), o direito à aposentadoria pelo regime próprio de previdência social (arts. 101 e 102 da CF/67 e art. 40 da CF/88), dentre outros, visa propiciar, em favor do interesse público e dos administrados, uma atuação diferenciada e impessoal do Poder Público.

Nesse orbe, elucidativa é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, nos termos que seguem:

“O regime estatutário é concebido para atender as peculiaridades de um vínculo no qual não estão em causa tão só interesses empregatícios, mas onde avultam interesses públicos, visto que os servidores públicos são os próprios instrumentos da atuação do Estado. (...) tal regime, atributivo de proteções peculiares aos providos em cargo público, almeja, para benefício de uma ação impessoal do Estado – o que é uma garantia contra todos os administrados-, ensejar aos servidores condições propícias a um desempenho técnico isento, imparcial e obediente tão só a diretrizes político-administrativas inspiradas no interesse público, embargando, destarte, o perigo de que, por falta de segurança, os agentes administrativos possam ser manejados pelos transitórios governantes em proveito de objetivos pessoais, sectários ou político-partidários que é, notoriamente, a inclinação habitual dos que ocupam a direção superior do país.” (DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. Ob. cit. p. 256/257).

Nesse diapasão, considerando que as garantias específicas do regime jurídico administrativo-funcional ou estatutário, relacionados aos cargos públicos, objetivam assegurar condições propícias à atuação impessoal do Estado atendendo, por conseguinte, ao interesse público, ressaltando evidente que os exercentes das atividades típicas e fins do Estado devem estar sujeitos a este regime.

Nessa esteira, considerando que as atividades típicas e fins do Estado, como posto, carecem das garantias específicas do regime estatutário, e, portanto, devem ser realizadas por meio de cargo público, é inequívoca a exigência do concurso público para o desempenho dessas atividades.

Conclui-se, destarte, que a contratação, durante a vigência da Constituição de 1967, sem a prévia submissão ao concurso público, apenas guarda conformidade com a *mens legislatoris* do Constituinte de 1967 se para o exercício de atividade meio, submetida a regime jurídico celetista. Óbvio, por certo, que se revela inconstitucional permitir o ingresso de servidor, sem concurso, a pretexto de se prover emprego público, para o desempenho de atividades típicas e fins do Estado, sob o regime da CLT.

Registre-se que a delimitação ora desenvolvida, do conceito de emprego público e cargo público e seus respectivos regimes jurídicos, revela-se valiosa também para fins de aplicação do artigo 19 do ADCT.

Consoante raciocínio desenvolvido em linhas pretéritas, a estabilização excepcional prevista no artigo 19 do ADCT apenas se aplica aos servidores estatutários e, portanto, ocupantes de cargo público.

Ocorre, todavia, que na prática administrativa era bastante comum a confusão dos institutos jurídicos – e, de fato, a distinção entre os conceitos não é tarefa fácil. Na grande parte dos casos, o servidor que ingressava antes de 05/10/83, sem concurso público, passava a ocupar indistintamente o *locus* emprego público, regido pelo regime jurídico celetista, independentemente da natureza das atividades exercidas. Havia, portanto, casos nos quais atividades típicas e fins do Estado, que deveriam ser desempenhadas por meio da instituição de cargo público, dirigido por regime estatutário, eram realizadas por meio de emprego público. Acredita-se que essa sistemática era adotada com o desiderato de dar aspecto de constitucionalidade aos provimentos, tendo em vista que para o provimento de empregos públicos a carta constitucional de 1967 não exigia o concurso.

Essa constatação, traz importâncias práticas consideráveis.

Como já aduzido, o artigo 19 do ADCT apenas alcança aos servidores estatutários, portanto, ocupantes de cargos públicos. Todavia, não se pode perder de vista que a grande maioria das admissões realizadas antes de 05/10/83 resultava *indistintamente* no provimento de empregos públicos. Assim, para uma correta aplicação do artigo 19, mister investigar a natureza das atribuições exercidas pelo servidor – se atividades meio ou se atividades típicas e fins do Estado - e, então, definir qual o *locus* por meio do qual deveriam ser desempenhadas: se emprego público ou cargo público. Se constatado que as atividades realizadas pelo servidor são afetas ao regime de cargo público, e que, portanto, o vínculo deveria ser estatutário, imperioso se faz o reconhecimento da estabilidade, ainda que nominalmente o local ocupado seja emprego público.

Essa análise, concreta e casuística, deverá ser empreendida pelas Cortes de Contas que, ao apreciar a legalidade dos atos de aposentadoria dos servidores que ingressaram na Administração, sem concurso público, antes de 05/10/83, devem investigar a natureza das atribuições por eles desempenhadas a fim de definir se poderão se beneficiar da estabilidade excepcional. Caso-lhes sejam aplicáveis a

benesse prevista no artigo 19, serão os atos de aposentadorias registrados pelos Tribunais de Contas, haja vista que serão custeadas pelo RPPS. Sem embargo, se não forem abrangidos pela estabilização, os Tribunais de Contas não possuirão competência para registro.

3.3 DO TRATAMENTO DADO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE GOIÁS AO ARTIGO 19 DO ADCT

3.3.1 METODOLOGIA PARA OBTENÇÃO DOS JULGADOS

Quanto à metodologia para obtenção dos julgados, tem-se que foram obtidos por meio de pesquisa no website oficial do Tribunal de Contas do Estado de Goiás (www.tce.go.gov.br) na seção “Normas e Jurisprudência ? Consulta de Decisões” a partir dos termos “19 ADCT” e “estabilizado”. Através deste meio de busca foram selecionados os seguintes processos: processo n.º 201000003003437, processo n.º 201100006036338, processo n.º 201400006035702, processo n.º 201300047003024, processo n.º 201300066012619.

3.3.2 DO EXAME DOS JULGADOS

Cuidam os autos n.º **201000003003437** da análise do ato de admissão do servidor Sergio Silva Leão, contratado, através da Portaria n.º AAA/6.277-CLT, a partir de 16/08/1982, para o posto de Escriturário, da Secretaria da Educação. A unidade técnica da Corte de Contas - Serviço de Registros de Atos de Pessoal - considerou que o servidor é estável, nos termos do artigo 19 do ADCT e, portanto, considerou legal, para fins de registro, o ato de admissão. O *Parquet* de Contas, por seu turno, concluiu, na mesma linha, que o servidor é considerado estabilizado no serviço público, *ex vi* do artigo 19 do ADCT, razão pela qual opinou pelo registro do ato de admissão. A Auditoria considerando estarem “os autos devidamente instruídos e com base na presunção de veracidade e boa-fé que se concede aos documentos públicos” opinou, do mesmo modo, pelo registro do ato de admissão. O Relator, por sua vez, considerando que o interessado foi alcançado pela estabilidade prevista no artigo 19 do ADCT, votou pelo registro do ato apreciado. No acórdão - Acórdão n.º 3485/16 - os membros da corte consideraram legal o ato para todos os efeitos legais.

Feito o breve relato, mister algumas pontuações acerca do julgado proferido.

Preliminarmente, observa-se que não houve nenhuma discussão pelos atores de controle externo, quanto à competência da Corte de Contas para registrar os atos de admissão anteriores a 05/10/1988.

Como aduzido em linhas pretéritas, trata-se de competência prevista, de modo inaugural, pelo constituinte de 1988. Vislumbra-se, todavia, que: ou Tribunal de Contas do Estado de Goiás ignora esse fato; ou, mesmo ciente da institucionalização apenas com a Carta Constitucional de 1988, considera que as Cortes de Contas têm competência para registrar as admissões anteriores à promulgação da constituição, mas, neste caso, não apresenta os argumentos que embasam seu entendimento.

Conforme já esposado, as normas constitucionais são de aplicação imediata e geral, incidindo, em princípio, a partir de sua entrada em vigor sobre as situações que se encontrem em vigência, ou seja, aplicam-se aos *facta futura*, não aos *facta praeterita*. Destarte, e considerando que o artigo 71, inciso III, não previu a retroatividade da norma para atingir admissões anteriores a data de promulgação da Constituição, tem-se que a competência delineada neste dispositivo deverá, ao que tudo indica, ser exercida para admissões que ocorram a partir de então.

Nessa seara, como já pontuado no capítulo 1, os atos de admissões anteriores à promulgação de 1988 reputam-se perfeitos e acabados apenas com a manifestação de vontade da administração pública, independentemente de registro nas Corte de Contas, não dependendo também desse registro para ganhar excoutoriedade definitiva, haja vista que nas ordens constitucionais anteriores não havia essa exigência.

À luz desse entendimento, não competiria à Corte de Contas apreciar, para fins de registro, o ato de admissão do servidor em análise, ocorrido em 16/08/82.

Anote-se, todavia, que as Cortes de Contas, ao apreciar os atos de aposentadoria devem, prejudicialmente, analisar a legalidade dos atos de admissão, ainda que anteriores a 05/10/1988, haja vista que a legalidade da aposentadoria depende, outrossim, da legalidade do ato de admissão que a embasou. Não se trata,

contudo, de registrar o ato de admissão anterior a 1988, mas sim de examinar, prejudicialmente, sua legalidade quando da apreciação e registro do ato de aposentadoria.

Quanto ao mérito da decisão, cumpre investigar qual o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de Goiás acerca dos beneficiários da estabilização excepcional, prevista no artigo 19 do ADCT.

No caso em análise, o servidor foi admitido, por meio de contrato de trabalho, regido pela CLT, em 16/08/1982, para o desempenho das funções de Escriturário e foi considerado estabilizado pela Corte Estadual. Neste orbe, resai evidenciado que para a Corte de Contas do Estado de Goiás é possível a concessão da estabilidade excepcional aos servidores celetistas.

Data máxima vênua, tem-se que, consoante demonstrado em linhas pretéritas, a interpretação mais acertada do comando legal, em compasso com as demais normas constitucionais, bem como com o contexto em que fora concebida a norma transitória, é aquela que restringe o benefício aos servidores estatutários.

Destarte, por se tratar de servidor celetista cujas atribuições não consistiam em atividades típicas ou fim do Estado (conforme Decreto do Estado de Goiás n.º 10/68, ao Escriturário competia a guarda e conservação de documentos e a execução de tarefas gerais de arquivo), carecedoras de cargo público para o seu desempenho, tem-se que, segundo o entendimento mais arrazoado, não poderia ser favorecido com a estabilização excepcional prevista no artigo 19 do ADCT.

Tendo em vista que o *locus* ocupado pelo servidor era de emprego público, e que não era exigido, sob a égide da Constituição de 1967, concurso público para o provimento, é certo que não há inconstitucionalidade na admissão do servidor.

Sem embargo, não se poderia, segundo a exegese mais ponderada, equipará-lo ao servidor estabilizado e vinculá-lo ao RPPS para fins de futuro benefício previdenciário.

Quanto aos demais julgados selecionados, tem-se que tratam da apreciação da legalidade, para fins de registro, de ato de aposentadoria. Em alguns dos casos a

admissão já se encontrava registrada na Corte de Contas, em outros, o exame da admissão foi realizado concomitantemente com a análise do ato de aposentadoria.

Inicialmente, passa-se ao breve relato dos julgados selecionados.

Os autos n.º **201100006036338** cuidam da análise, para fins de registro da aposentadoria de Eleusa Nunes da Silva, no cargo de Agente Administrativo Educacional de Apoio, Referência G-I, da Secretaria de Educação. A ex-servidora ingressou na Administração Pública em 01/02/81, por meio de contrato de trabalho, regido pela CLT, no cargo de Porteiro Servente. O ato de admissão da servidora já havia sido apreciado e registrado na Corte de Contas, por meio da Resolução n.º 465 de 20/01/82, quando do exame da aposentadoria. A unidade técnica da Corte de Contas - Serviço de Registros de Atos de Pessoal – sugeriu fosse considerado legal, para fins de registro, o ato de aposentadoria. O Ministério Público de Contas, por seu turno, considerou que a servidora adquiriu estabilidade no serviço público, nos termos do artigo 19 do ADCT, mas não adquiriu efetividade no cargo. Considerando que o RPPS é exclusivo aos servidores efetivos, pontuou que a servidora apenas pode se aposentar pelo RGPS, efetuando-se a compensação recíproca entre os sistemas. Assim, opinou pela negativa de registro da aposentadoria. A Auditoria, por sua vez, aduziu que a interessada foi alcançada pela estabilização prevista no artigo 19 do ADCT e que faz *jus* à aposentadoria pelo RPPS. Sugeriu, destarte, o registro do ato. O Conselheiro Relator apresentou voto nesse mesmo sentido. No acórdão, os Conselheiros consideraram legal o ato para todos os efeitos.

Os autos n.º **201400006035702** cuidam da análise, para fins de registro, do ato de admissão - em 01/02/82, no cargo de Assistente de Ensino Primário, sob a forma de contrato de trabalho, regido pela CLT, da Secretaria de Estado da Educação - e do ato de aposentadoria – no cargo de Professor III, Referência “D” - em nome de Eva Alves de Miranda Zanela. A unidade técnica da Corte – Serviço de Registro de Atos de Pessoal – considerou a servidora estável no serviço público nos termos do artigo 19 do ADCT, razão pela qual propôs o registro do ato de admissão. Tendo em vista que a interessada cumpriu os requisitos constitucionais e legais, considerou legal, para fins de registro, o ato de aposentadoria. O Ministério Público de Contas, por seu turno, considerou que, por se tratar de ato de admissão realizado anterior à CF/88, não assiste ao Tribunal de Contas competência para examiná-lo,

para efeito de registro do ato. Quanto à aposentadoria considerou que a interessada preencheu os requisitos da EC 47/05, opinou, assim, pela constitucionalidade e registro do ato de aposentadoria. A Auditoria, por sua vez, manifestou pela legalidade dos atos de admissão e aposentadoria da servidora. O Relator, considerou que a servidora é estável nos termos do artigo 19 do ADCT e, assim, julgou legal o registro do ato de admissão. Relativamente à aposentadoria, concluiu que a servidora preencheu os requisitos da EC 47/05, e, então, julgou legal o registro. No Acórdão n.º 3584/16 - os membros da corte consideraram legais os atos de admissão e de concessão de aposentadoria, determinado seus registros.

Os autos n.º **201300066012619** cuidam da análise, para fins de registro, do ato de admissão - em 01/05/74, no cargo de Auxiliar Classificador, por meio de contrato de trabalho, regido pela CLT - e do ato de aposentadoria - no cargo de Agente de Fiscalização Agropecuária, Referência 10 - em nome de Aloísio Ednaldo Rocha de Sá. A unidade técnica da Corte - Serviço de Registro de Atos de Pessoal - considerou o servidor estável no serviço público nos termos do artigo 19 do ADCT, razão pela qual propôs o registro do ato de admissão. Tendo em vista que o interessado cumpriu os requisitos para a aposentadoria, considerou legal, para fins de registro, o ato de aposentadoria. O Ministério Público de Contas considerou que o ex-servidor adquiriu estabilidade nos termos do art. 19 do ADCT e que tem direito a se aposentar pelo RPPS. Todavia, pontuou, que a mudança do cargo de Auxiliar Classificador para Agente de Fiscalização Agropecuário configura provimento derivado inconstitucional. Assim, manifestou pela prejudicialidade do registro do ato concessório do benefício de aposentadoria, haja vista a existência de provimento derivado inconstitucional. A Auditoria, por sua vez, considerou o servidor estável nos termos do artigo 19 do ADCT. Não vislumbrou, contudo, inconstitucionalidade no provimento derivado. Manifestou, por conseguinte, no sentido de que sejam registrados os atos de admissão e de aposentadoria. O Conselheiro Relator considerou que o servidor é estável nos moldes do artigo 19 do ADCT, de modo que sua admissão é passível de registro pelo Tribunal de Contas. Quanto à aposentadoria, diversamente do Ministério Público, não vislumbrou nenhum provimento derivado inconstitucional que a obstasse, e, considerando que o servidor preencheu os requisitos constitucionais e legais, opinou pelo registro do ato de aposentadoria. Acordaram os membros em considerar legais os atos de admissão,

no cargo de Auxiliar Classificador, e de aposentadoria, no cargo de Agente de Fiscalização Agropecuária, Referência 10.

Os autos n.º **201300047003024** cuidam da análise, para fins de registro, do ato de aposentadoria de Maria Bernadeth Figueiredo, no cargo de Técnico Judiciário, Classe F, Nível 2, do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. A ex-servidora ingressou na Administração Pública, em 18/12/1980, por meio de contrato de trabalho, regido pela CLT, no cargo de Auxiliar de Serviços Administrativos. O ato de admissão da servidora já havia sido apreciado e registrado na Corte de Contas, por meio da Resolução n.º 895 de 05/03/81, quando do exame do ato de aposentadoria. A unidade técnica da Corte de Contas - Serviço de Registros de Atos de Pessoal – sugeriu fosse considerado legal para fins de registro o ato de aposentadoria. O Ministério Público de Contas considerou que a servidora *in casu* é considerada estabilizada no serviço público, por se amoldar ao preceituado no artigo 19 do ADCT. Outrossim, considerou que, ainda que não seja servidora efetiva, deverá se aposentar pelo RPPS, haja vista que a norma insculpida no artigo 40, §13 é norma de exceção e, como tal, deve ser interpretada restritivamente, não se enquadrando os estabilizados em nenhuma das hipóteses ali previstas. Pontuou, todavia, impossibilidade de concessão de qualquer melhoria funcional à servidora e a ocorrência, no caso, de provimento derivado inconstitucional. Assim, opinou pela negativa de registro do ato concessivo de aposentadoria, tendo em vista a inconstitucionalidade do enquadramento da servidora no cargo e referência em que se deu a concessão. Entendeu possível, contudo, a concessão de aposentadoria no cargo de Auxiliar de Serviços Administrativos. A Auditoria, por sua vez, manifestou pela constitucionalidade dos provimentos derivados e pela legalidade do ato de concessão de aposentadoria, propondo seu registro. O Conselheiro Relator, na mesma linha da Auditoria, considerou que não houve provimento derivado inconstitucional e, tendo em vista que houve o cumprimento dos requisitos da EC 47/05, apresentou voto no sentido da legalidade da aposentadoria sugerindo, por fim, o seu registro. No Acórdão, os Conselheiros consideraram legal o ato de aposentadoria determinando o seu registro.

Do exame dos julgados colacionados, extrai-se conclusão análoga a que foi depreendida do julgado relativo ao ato de admissão: o Tribunal de Contas do Estado

de Goiás ou ignora o fato de que a competência para registrar atos de admissão apenas foi pioneiramente prevista pelo constituinte de 1988; ou, mesmo ciente da institucionalização apenas com carta constitucional de 1988, considera que as Cortes de Contas têm competência para registrar as admissões anteriores à promulgação da constituição, sem, contudo, apresentar os argumentos que embasam seu entendimento.

Isto porque, conforme se nota dos julgados analisados, os atos de admissão, anteriores a 05/10/88, foram todos registrados pela Corte.

Ressalte-se, como já posto, que por se tratar de processos de aposentadorias, os atos de admissão, em razão da prejudicialidade, devem sim ter sua legalidade investigada, mas não devem ser objeto de registro.

Registre-se que apenas um dos membros do *Parquet* de Contas, nos autos n.º **201400006035702**, aduziu que o Tribunal não teria competência para registrar ato de admissão anterior à promulgação da CF/88. Os demais atores de controle externo, contudo, não abordaram a questão.

Outrossim, extrai-se dos julgados, à semelhança do que fora constatado quando da análise dos autos n.º **201000003003437** (ato de admissão), que para o Tribunal de Contas do Estado de Goiás é possível a concessão da estabilidade excepcional aos servidores celetistas. Nos casos examinados, os servidores ingressaram na Administração Pública por contrato de trabalho, regido pela CLT, nos cargos de Porteiro Servente, Assistente de Ensino Primário, Auxiliar Classificador e Auxiliar de Serviços Administrativos e foram considerados estabilizados nos termos do artigo 19 do ADCT.

Contudo, consoante amiúde pontuado, a interpretação do artigo 19 do ADCT que melhor se amolda às demais normas constitucionais, é aquela que restringe o comando apenas aos servidores estatutários.

Sem embargo, é certo que, como também já posto, na prática administrativa era comum a confusão dos institutos cargos e empregos públicos, de modo que era habitual o servidor que ingressava antes de 05/10/83, sem concurso público, passar a ocupar indistintamente o *locus* emprego público, regido pelo regime jurídico

celetista, independentemente da natureza das atividades exercidas. Havia, por consequência, casos nos quais atividades típicas e fins do Estado, que deveriam ser desempenhadas por meio da instituição de cargo público, dirigido por regime estatutário, eram realizadas por meio de emprego público.

Portanto, uma vez constatado que as atividades realizadas pelo servidor eram afetas ao regime de cargo público, cujo vínculo deveria ser estatutário, imperioso se faz o reconhecimento da estabilidade, ainda que nominalmente o local ocupado fosse emprego público.

Este é o caso do cargo de Assistente de Ensino Primário. O *locus* foi denominado de emprego público e provido por meio de contrato de trabalho, regido pela CLT. Contudo, da análise da CF/67, observa-se que o desempenho das atribuições afetas ao magistério deveria ser realizado por meio da instituição cargo público, disciplinado pelo regime estatutário. A fim de corroborar, veja-se:

Art 168 - A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana.

(...)

§ 3º - A legislação do ensino adotará os seguintes princípios e normas:

(...)

V - o provimento dos cargos iniciais e finais das carreiras do magistério de grau médio e superior será feito, sempre, mediante prova de habilitação, consistindo em concurso público de provas e títulos quando se tratar de ensino oficial;

Para o cargo de Assistente de Ensino Primário, a Lei do Estado de Goiás n.º 9.631/84, definiu como qualificação necessária para a sua ocupação a 4ª série do 1º grau (mais curso intensivo ou exame de capacitação) e como área de atuação o ensino de 1º grau de 1ª a 4ª séries. Evidente, portanto, se tratar de cargo da carreira do magistério, para o qual, à luz do artigo 168, §3º, inciso V, *suso* transcrito, exigia-se, o concurso público de provas e títulos para o provimento.

Nessa senda, ressaltou-se evidenciado que a estabilização excepcional do artigo 19 do ADCT deve alcançá-lo, a despeito de ter sido contrato sob o regime celetista.

Todavia, para as demais admissões - Porteiro Servente, Auxiliar Classificador e Auxiliar de Serviços Administrativos -, não se visualiza a natureza de cargo público dos locais ocupados, a exigir o regime estatutário e, por conseguinte, não se verifica, com a devida vênia, a possibilidade de aplicação da estabilização excepcional.

Por sua vez, quanto ao regime de previdência, verifica-se dos julgados em análise que há no Tribunal de Contas do Estado de Goiás jurisprudência no sentido de submeter os servidores estabilizados ao Regime Próprio de Previdência Social. Excepcionalmente, nos autos n.º **201100006036338**, um dos Procuradores de Contas partindo de uma interpretação literal do artigo 40, *caput*, considerou que o RPPS é exclusivo aos servidores titulares de cargos efetivos e que a servidora estabilizada apenas poderia se aposentar pelo RGPS.

No que tange à vedação de melhorias funcionais aos estabilizados, não se vislumbrou, nos julgados em análise, preocupação por parte dos atores de controle externo. Tampouco visualizou-se uma efetiva investigação dos provimentos derivados realizados durante o iter funcional percorrido pelos servidores. Ressalve-se, apenas, a posição do Procurador de Contas nos autos n.º **201300047003024**, que defendeu a impossibilidade de concessão de qualquer melhoria funcional à servidora e verificou a ocorrência, no caso, de provimento derivado inconstitucional, opinando a negativa de registro do ato concessivo de aposentadoria.

Conforme entendimento endossado anteriormente, a diferenciação entre as categorias servidor *efetivo*, *estável* e *estabilizado* resulta na impossibilidade de se conceder a eles tratamento igualitário. Aos servidores estabilizados não se pode conferir os mesmos direitos concedidos aos servidores titulares de cargo efetivo, de modo que resta vedado aos estabilizados alcançarem a *progressão funcional* que, como já aduzido, tanto pode ser concretizada através da *promoção*, quanto da *progressão horizontal*. Outrossim, os provimentos derivados apenas serão reputados constitucionais, se o preenchimento de cargo por alguém que já tinha vínculo anterior com outro cargo, não pertencente a mesma carreira, sem aprovação prévia em concurso público, respeitar a qualificação e atribuições exigidas pelo cargo provido originariamente.

Destarte, a despeito de se vincularem ao RPPS, a aposentadoria dos servidores estabilizados apenas será constitucional se concedida no cargo e referência providos originariamente, sem qualquer melhoria funcional, portanto, ou, em caso de eventual enquadramento em cargo de carreira diversa, a aposentadoria apenas poderá ser concedida se o cargo possuir qualificação e atribuições idênticas ao cargo de ingresso, competindo à Corte de Contas essa fiscalização.

Feitas essas considerações, oportuno registrar que o apanhado de julgados trazidos à colação, diante da pequena expressão numérica, não permite afirmar, de modo categórico, que a posição da Corte de Contas do Estado de Goiás em relação aos aspectos abordados no presente estudo é, irrefutavelmente, a que fora extraída das decisões. Contudo, é certo que permite traçar um panorama de como o tema tem sido enfrentadas pela Corte.

Da mesma forma, mister ressaltar que o presente estudo não teve a pretensão de esgotar o tema, e nem o poderia, considerando as inúmeras nuances que o permeiam e os poucos trabalhos que já se debruçaram sobre ele. Os esforços deste estudo centraram-se em **apresentar** a competência das Cortes de Contas para apreciar, para fins de registro, os atos de admissão e aposentadoria e, a partir de então, investigar a natureza e os beneficiários da norma prevista no artigo 19 do ADCT, o que exigiu a diferenciação do servidor estabilizado, efetivo e estável, a fim de **definir** o regime de previdência dos servidores estabilizados e a sua consequente submissão, ou não, ao controle das Cortes de Contas, bem como em investigar as particularidades desses servidores, como a vedação à obtenção de melhorias funcionais, e o papel do controle exercido pelos Tribunais de Contas na consecução desse tratamento diferenciado.

CONCLUSÃO

A partir do estudo desenvolvido no presente trabalho restou evidenciado que a interpretação da norma insculpida no artigo 19 do ADCT não é uníssona no seio doutrinário e jurisprudencial. A disciplina normativo-constitucional do servidor estabilizado se restringe ao artigo 19 do ADCT, que, todavia, não define todos os aspectos concernentes a esses servidores.

O artigo 19 do ADCT, na medida em que concede estabilidade no serviço público aos servidores admitidos sem concurso, há pelo menos cinco anos antes da promulgação da constituição, consiste em exceção ao mandamento constitucional do concurso público e, portanto, em um favor (privilégio), conferido pelo constituinte originário.

Destarte, ao se empreender a interpretação do dispositivo, deve-se buscar coaduná-lo com os demais valores da ordem constitucional, sempre tendo em consideração se tratar de norma excepcional cuja eventual interpretação elástica pode ser incompatível com a *mens legis*.

Nesta seara, ressaí evidente a necessidade de se diferenciar os institutos da estabilização, efetividade e estabilidade. A estabilização trata-se de *uma garantia de permanência no serviço público* facultada aos servidores públicos que estivessem em exercício há pelo menos cinco anos na data da promulgação da Carta e que não tenham sido admitidos na forma estabelecida no artigo 37, inciso II. A efetividade, por seu turno, consiste num atributo do cargo, podendo ser definido como a situação jurídica que qualifica a titularização de cargos efetivos, cujo provimento exige a prévia aprovação em concurso público. Já a estabilidade, conforme artigo 41, *caput*, da CF/88, é uma garantia constitucional de permanência no serviço público, conferida ao servidor público ocupante de cargo efetivo após o decurso do prazo de três anos de exercício.

Neste orbe, ressaí evidente que os servidores *estabilizados* não são *estáveis* no serviço público, bem como o *locus* ocupado por eles não se reveste de *efetividade*.

Quanto aos destinatários do comando, embora renomada doutrina o estenda aos servidores celetistas e estatutários, na medida em que o artigo 19 se refere aos *servidores públicos civis*, verificou-se, *data vênia*, que a melhor exegese resulta na restrição do dispositivo aos servidores estatutários. Isto porque, retomando-se, de forma breve, os argumentos esposados:

a) o ingresso de empregados na Administração Pública, antes da promulgação da CF/88, sem o concurso público, não encontrava nenhuma mácula, nos termos do artigo 97, §1º, da CF/67. Neste diapasão, considerando que essas admissões não possuem vício de constitucionalidade, na medida em que não violaram a constituição vigente à época, não há razão para inclui-las no espectro de abrangência de uma norma de transição que objetivou convalidar situações irregulares;

b) nos termos do artigo 41 da CF/88 apenas são estáveis no serviço público os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo, em virtude de concurso público, após três anos de efetivo exercício, não alcançando a estabilidade os empregados públicos. Os ocupantes de emprego são beneficiados com os direitos sociais consagrados no artigo 7º da CF/88, dentre os quais se destaca: a proteção contra despedida arbitrária, o seguro-desemprego e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, direitos esses que, por seu turno, não são estendidos aos servidores estatutários. Trata-se, por óbvio, de regimes jurídicos diferentes: o regime estatutário e o regime celetista. A estabilização excepcional do artigo 19, apesar de não se confundir com a estabilidade do artigo 41, dela se aproxima, na medida em que garante a permanência no serviço público. Sem embargo, essa garantia de permanência no serviço público não guarda compatibilidade com o regime celetista que já possui meios protetivos próprios contra dispensa arbitrária;

c) *Ad argumentandum tantum*, como argumento de reforço, tem-se que a redação original do artigo 39, *caput*, da CF/88, determinou à União, Estados e Distrito Federal, e Municípios que instituíssem, no âmbito de sua competência, *regime jurídico único* para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. Embora o texto constitucional não tenha definido qual seria esse Regime Jurídico Único, considera-se que seja o regime estatutário, em razão do ponto comum que há entre todos esses servidores, qual

seja, vínculo funcional estabelecido com pessoas jurídicas de direito público. Destarte, é notória a dificuldade de conciliar o artigo 39, *caput*, com a estabilização excepcional eventualmente conferida aos empregados públicos.

Definida a natureza da norma, bem como os destinatários do comando, buscou-se investigar o regime de previdência dos servidores estabilizados, tendo em vista a omissão do texto constitucional a esse respeito.

Do disposto no artigo 40, *caput*, e § 13, resulta que o regime próprio de previdência social aplica-se, como regra, ao titular de cargo *efetivo*, sendo que, ao ocupante de cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração, de cargo temporário ou de emprego público, será aplicado o regime geral de previdência social. A primeira exegese que se apresenta, considerando a diferenciação entre efetividade, estabilidade e estabilização, é no sentido de que os estabilizados não poderiam se aposentar pelo regime próprio, uma vez que não titularizam cargos de provimento efetivo, tal como exige o *caput* do artigo 40 da CF.

Todavia, o deslinde da questão não é tão simplório. Faz-se mister atentar aos demais dispositivos constitucionais, bem como à necessidade de se empreender uma interpretação que privilegie a unidade da Constituição. Nessa lógica, ao lado do artigo 40, *caput*, imperioso analisar o referido § 13, delimitando-se os casos aos quais se aplicam tal disposição excepcional.

Do inserto no § 13, extrai-se ser ele dirigido a três espécies de servidores, quais sejam: a) o empregado público, submetido à Consolidação das Leis do Trabalho; b) o ocupante exclusivamente de cargo em comissão; e c) o ocupante de outro cargo temporário. Da delimitação desenvolvida no presente estudo, restou demonstrado, contudo, que o servidor estabilizado não pode ser equiparado a nenhuma dessas espécies de servidores, evidenciando, portanto, que o artigo 40, § 13, não os abrange.

Partindo dessa constatação, e tendo em vista que o referido § 13 constitui uma norma de exceção – haja vista que para os servidores públicos a regra é a de que se submetam ao regime próprio de previdência social - e como tal deve ser interpretada restritivamente, tem-se que os estabilizados devem ser enquadrados na

regra geral do artigo 40 da Constituição, sendo, portanto, a eles aplicado o regime próprio de previdência social.

Esse raciocínio conduz à constatação de que os atos de aposentadoria e pensão dos servidores estabilizados serão objeto de apreciação de legalidade, para fins de registro, pelas Cortes de Contas, haja vista que nos termos do artigo 71, inciso III, da CF/88, a competência dos Tribunais de Contas está adstrita a fiscalização e registro dos benefícios custeados pelo RPPS.

Consoante estudos desenvolvidos no Capítulo 1, a competência da Corte de Contas insculpida no artigo 71, inciso III, é alvo de dissensões. Não há unicidade de entendimento a respeito da natureza dos atos sujeitos a registro. À luz da teoria administrativista clássica, os atos administrativos, quanto à formação da vontade, podem ser simples, compostos ou complexos. Sem embargo, nenhuma dessas categorias parece conseguir albergar, de modo perfeito, em razão da própria rigidez inerente ao sistema classificatório, os atos sujeitos a registro, de modo que a tentativa de enquadrá-los em uma ou outra categoria conduz a discussões intermináveis.

Olvidando-se, destarte, a classificação clássica dos atos administrativos, e tendo em vista a função que os Tribunais de Contas exercem no ordenamento constitucional – qual seja, de fiscal da Administração Pública -, forçoso reconhecer que o registro ganha a conotação de ato de controle de legalidade, por meio do qual as Cortes de Contas confirmam a validade do ato editado pela Administração.

Nesta seara, abalizado o entendimento segundo o qual *o ato de registro é um ato de controle externo* que converte a executoriedade precária dos atos, haja vista que condicionada à manifestação do Tribunal de Contas, em executoriedade definitiva, ressalvada a competência revisora do judiciário.

Nestes termos, tem-se que a concessão de aposentadoria pela Administração Pública constitui um ato perfeito, apenas de eficácia condicionada à ratificação, sendo o pronunciamento da Corte de Contas ato de controle de legalidade, cuja função é tornar a eficácia provisória do ato em permanente, a fim de que o mesmo venha obter executoriedade definitiva. Destarte, a manifestação do Tribunal de

Contas configurará somente condição de eficácia ou de exequibilidade do ato principal.

Este exame acerca da natureza do registro ganha importância considerando que a competência do Tribunal de Contas para apreciar a legalidade e registrar os *atos de admissão* apenas foi instituída, pioneiramente, pelo constituinte de 1988, o que traz a discussão acerca da possibilidade do registro de admissões anteriores à data de promulgação da constituição.

As normas constitucionais são de aplicação imediata e geral, incidindo, em regra, a partir de sua entrada em vigor sobre as situações que se encontrem em vigência, ou seja, aplicam-se aos fatos futuros e não aos passados, apenas retroagindo quando elas próprias determinam efeitos pretéritos.

Nesta orbe, é certo que a competência delineada no artigo 71, inciso III, para apreciação da legalidade e registro dos atos de admissão, será exercida para admissões que ocorram a partir de então, já que a dispositivo não previu a retroatividade da norma para atingir admissões anteriores.

Todavia, considerando que o registro, como aduzido em linhas pretéritas, tem natureza de *ato de controle externo de legalidade*, e que a legalidade da aposentadoria depende, outrossim, da legalidade do ato de admissão que a embasou, imperioso reconhecer que as Cortes de Contas, ao apreciar o ato de aposentadoria deverão, prejudicialmente, analisar a legalidade do ato de admissão do ex-servidor, ainda que anterior a promulgação de 1988. Ressalte-se, contudo, que não se trata de registrar o ato de admissão anterior a 1988, mas apenas de examinar, prejudicialmente, sua legalidade.

Destarte, as Cortes de Contas, ao examinar a legalidade das aposentadorias concedidas aos servidores estabilizados irão examinar a legalidade do ato de admissão desses servidores. Nota-se, aqui, importante função a ser exercida pelas Cortes de Contas na medida em que deverá investigar a natureza das atribuições despenhadas pelos servidores a fim de definir se eles, de fato, poderão se beneficiar da estabilidade excepcional prevista no artigo 19 do ADCT. Como já aduzido, o artigo 19 do ADCT apenas alcança aos servidores estatutários, portanto, ocupantes

de cargos públicos. Todavia, não se pode perder de vista que a grande maioria das admissões realizadas antes de 05/10/83 resultava *indistintamente* no provimento de empregos públicos. Assim, para uma correta aplicação do artigo 19, mister investigar a natureza das atribuições exercidas pelo servidor – se atividades meio ou se atividades típicas e fins do Estado - e, então, definir qual o *locus* por meio do qual deveriam ser desempenhadas: se emprego público ou cargo público. Se constatado que as atividades realizadas pelo servidor são afetas ao regime de cargo público, e que, portanto, o vínculo deveria ser estatutário, imperioso se faz o reconhecimento da estabilidade, ainda que nominalmente o local ocupado seja emprego público.

Outrossim, no exercício dessa competência devem as Cortes de Contas examinar se não foram conferidas progressões funcionais a esses servidores, seja através da promoção, seja através da progressão horizontal. Isto porque, a despeito de se vincularem ao RPPS, não podem os estabilizados serem agraciados com a progressão funcional, reservada apenas aos integrantes da carreira, regularmente admitidos por concurso público. Destarte, a aposentadoria desses servidores apenas será constitucional se concedida no cargo e referência providos originariamente, competindo à Corte de Contas essa fiscalização.

Da mesma forma que é vedada a concessão de melhorias funcionais aos estabilizados, não se pode ampliar a estabilidade excepcional prevista no artigo 19 do ADCT, na medida em que essa norma resulta na preterição da regra do concurso público, não comportando interpretação extensiva.

Por fim, a fim de observar, na prática, a aplicação do artigo 19 do ADCT, foram selecionados alguns julgados do Tribunal de Contas do Estado de Goiás. Embora esses julgados, diante da pequena expressão numérica, não permitam afirmar, de modo categórico, que a posição da Corte de Contas do Estado de Goiás em relação aos aspectos abordados no presente estudo, é irrefutavelmente a que fora extraída das decisões, permitem traçar um panorama de como o tema tem sido enfrentado pela Corte. Neste diapasão, é possível para afirmar que há jurisprudência da Corte de Contas do Estado de Goiás no sentido de conferir a estabilização excepcional do ADCT tanto aos estatutários, como aos celetistas. Outrossim, quanto ao regime de previdência, é certo afirmar que vinculam os servidores estabilizados ao RPPS. Todavia, não se vislumbrou, nos julgados da Corte, óbice à concessão de

melhorias funcionais aos estabilizados, visualizou-se, noutro giro, uma tendência a equipará-los, em termos funcionais, aos servidores efetivos. Quanto ao registro dos atos desses servidores, observou-se que, a Corte realiza o registro tanto dos atos de admissão, ainda que a competência para tanto apenas tenha sido instituída somente em 1988, como de aposentadoria e reforma.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADI n.º 4.876/DF. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 12, n.46, p. 217-245, jul./set.2014.

AGU. Parecer n.º 30 da Advocacia Geral da União. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2016/06/ParecerAGUnGM-030de04abr2002.pdf>. Acesso em: 24/01/2017.

AGUIAR, Ubiratan Diniz de *et alli*. *A Administração Pública sob a Perspectiva do Controle Externo*. 1ª Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ANDRADE, Francisco Falconi de. Segurança Jurídica e Tribunais de Contas. Considerações sobre a incidência do prazo decadencial do art.54 da Lei nº 9.784/99 nos exames de legalidade de aposentadorias, reformas e pensões. *Revista do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba*, Ano IV, n.7, pg.88-100 – jan/jun.2010.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891.

_____. Constituição Federal de 1988.

_____. Decreto nº 1.166, de 17 de outubro de 1892.

BUSQUETS, Cristina del Pilar Pinheiro. *Registro de Atos pelo Tribunal de Contas*. Disponível em: https://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/registro-de-atos-pelo-tribunal-de-contas_0.pdf. Acesso em 27/12/2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W., STRECK, Lênio L. (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARRILHO CHAVES, Francisco Eduardo. *Controle Externo da Gestão Pública*. Niterói: Impetus, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. revista e ampliada, Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GASPARINI, Diógenes. Concurso Público – Imposição constitucional e operacionalização. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 16, n. 180, p. 21-41, fev. 2016.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MASSARIA, Glaydson Santo Soprani. Tribunais de Contas e registro de atos de admissão de pessoal: notas sobre cargos vitalícios e temporários. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4509, 5 nov. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/34863>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. revista e atualizada, São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

Parecer n.º CS-56, de 16-9-92, aprovado pelo Consultor Geral da República, conforme publicado no DOU de 24-9-92, p.13.386-89. Disponível em: www.sindsefaz.org.br/PCS%20Parecer%20Sylvia.doc. Acesso em 10/01/17.

SICCA, Gerson dos Santos. O registro de atos pelos Tribunais de Contas e a decadência: algumas considerações sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 79, maio/junho. 2013. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=96052>. Acesso em: 11 jan. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

_____, José Afonso da. Reforma Constitucional e Direito Adquirido. *Revista Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 213: 121-131 – jul/set 1998.

TCE-GO, Autos n.º 201000003003437, Rel. Cons. Saulo Marques Mesquita. j. em 18/10/16. Publicação: 20/10/16. Disponível: <http://www.tce.go.gov.br/ConsultaProcesso?proc=246762>. Acesso em: 12/01/2017.

_____, Autos n.º 201100006036338, Rel. Cons. Kennedy de Sousa Trindade. j. em 03/12/13. Publicação: 04/12/13. Disponível em: <http://www.tce.go.gov.br/ConsultaProcesso?proc=280035>. Acesso em: 12/01/2017.

_____, Autos n.º 201400006035702, Rel. Cons. Sebastião Joaquim Pereira Neto Tejeta. j. em 05/10/16. Publicação: 20/10/16. Disponível em: <http://www.tce.go.gov.br/ConsultaProcesso?proc=305564>. Acesso em: 12/01/2017.

_____, Autos n.º 201300047003024, Rel. Cons. Kennedy de Sousa Trindade. j. em: 15/10/15, Publicação: 29/10/15. Disponível em: <http://www.tce.go.gov.br/ConsultaProcesso?proc=284746>. Acesso em: 12/01/2017.

_____, Autos n.º 201300066012619, Rel. Cons. Edson José Ferrari. j. em: 13/09/16. Publicação: 15/09/16. Disponível: <http://www.tce.go.gov.br/ConsultaProcesso?proc=302116>. Acesso em: 12/01/2017.

TEIXEIRA, Flávio Germano de Sena. *O controle das aposentadorias pelos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.