



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

TCEES TRIBUNAL DE CONTAS
DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Conferência em www.tcees.tc.br
Identificador: C098D-616A2-6A4A5



Acórdão 00695/2021-6 - Conselho Superior de Administração

Processos: 09013/2017-5, 05467/2020-5, 01126/1995-4

Classificação: Recurso Inominado

Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

Interessado: FABIANA PEREIRA AZEVEDO XAVIER

Procuradores: WALLISSON FIGUEIREDO MATOS (OAB: 15278-ES), LUIZ OTAVIO RODRIGUES COELHO (OAB: 3242-ES, OAB: 180727-RJ), LUIZ HENRIQUE ANTUNES ALOCHIO (OAB: 6821-ES), RICARDO CLAUDINO PESSANHA (OAB: 10406-ES, OAB: 181289-RJ)

RECURSO INOMINADO EM FACE DE DECISÃO QUE INDEFERIU O DIREITO DE OPÇÃO PELA MODALIDADE DE REMUNERAÇÃO POR SUBSÍDIO À SERVIDORA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO ESTABILIZADA NO SERVIÇO PÚBLICO NA FORMA DO ART. 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS – CONHECER – NEGAR PROVIMENTO – INEXISTÊNCIA DE DIREITO A GARANTIAS, PRERROGATIVAS, VANTAGENS, PROGRESSÕES OU BENEFÍCIOS PRIVATIVOS DOS SERVIDORES EFETIVOS INTEGRANTES DA CARREIRA DE AUDITOR DE CONTROLE EXTERNO – O SERVIDOR ESTABILIZADO TEM A GARANTIA CONSTITUCIONAL DE PERMANÊNCIA NO SERVIÇO PÚBLICO, NÃO FAZENDO JUS AOS DIREITOS INERENTES A CARGO EFETIVO, OS QUAIS SÃO PRIVATIVOS DE SEUS INTEGRANTES – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CIÊNCIA – ARQUIVAMENTO.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA:**1. RELATÓRIO:**

Tratam os autos de **Recurso Inominado**, interposto pela **Sra. Fabiana Pereira Azevedo Xavier**, em face da Decisão, constante à folha 376 dos autos do Processo 1126/1995, em apenso, que manteve a decisão de folha 286, que indeferiu o pedido da recorrente, no que se refere a fazer *jus* à opção pela modalidade de remuneração por subsídio, instituída pela Lei Complementar Estadual nº 622/2012.

A recorrente, em síntese, requer o acolhimento do presente recurso para que seja aplicada a Lei Complementar nº 622/2012, efetuando-se a opção da recorrente em receber a sua remuneração por subsídio.

A Área Técnica, nos termos da Instrução Técnica de Recurso nº 32/2013, opinou pelo conhecimento do recurso e, quanto ao mérito pelo não provimento.

Registre-se que o Colegiado do Plenário na 1ª Sessão Administrativa realizada em 04/02/2020, nos termos do Acórdão TC nº 63/2020-1 deliberou pelo conhecimento e no mérito, pelo não provimento.

Na sequência, a requerente por seu patrono, interpôs Embargos de Declaração (Processo TC nº 5467/2020-5), tendo o Colegiado do Conselho Superior de Administração, por meio do Acórdão TC nº 265/2021-4, deliberado pelo não conhecimento dos embargos, porém, reconheceu a nulidade absoluta do Acórdão TC nº 63/2020-1, tornando-o insubsistente.

Ato contínuo, na 4ª Sessão Administrativa do Conselho Superior de Administração de 01/06/2021, a recorrente por seu patrono realizou sustentação oral, gerando as Notas Taquigráficas constantes da Peça Complementar nº 25.839/2021-9 (evento 17).

Desse modo, vieram os autos a este Relator para análise e emissão de voto, o qual submeto à apreciação e deliberação do Conselho Superior de Administração.

É o Relatório. Passo a fundamentar.

VOTO

2. FUNDAMENTAÇÃO:

2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS:

Interposto o presente Recurso Inominado pela **Sra. Fabiana Pereira Azevedo Xavier**, em face da Decisão, constante à folha 376 dos autos do Processo 1126/1995, em apenso, necessário é a sua análise, tendo por base a documentação que lhe dá suporte, bem como as razões recursais.

Da análise dos autos, ressalta-se que a matéria em apreço, refere-se à possibilidade de conceder a recorrente a opção em receber a sua remuneração por subsídio.

Cabe informar que a Decisão, constante à folha 376 dos autos do Processo 1126/1995-4 (evento 3), em apenso, consubstanciada pela Instrução nº 334/2012 da Consultoria Jurídica, às folhas 371-373 daqueles autos, manteve a decisão de folha 286, assim decidiu *litteris*:

DECISÃO

Diante das informações constantes dos autos e do posicionamento da Consultoria Jurídica e da Diretoria Geral de Secretaria, às quais adoto como partes integrantes da presente decisão (art. 93, incisos IX e X, da Constituição Federal), preliminarmente, com base no princípio da fungibilidade, recebo o pleito formulado pela servidora FABIANA PEREIRA AZEVEDO XAVIER, às folhas 289/296, como pedido de reconsideração e, no mérito, mantenho a Decisão de fl. 286 por seus próprios fundamentos, enviando o recurso ao Conselheiro Relator para deliberação, nos termos do art. 153 da Lei Complementar nº. 46/94. – g.n.

Vitória-ES, 30 de julho de 2012.

Conselheiro SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Presidente

A Área Técnica, através da 8ª Controladoria Técnica, à época, nos termos da Instrução Técnica de Recurso nº 32/2013, assim se manifestou, *litteris*:

[...]

CONCLUSÃO

Ante o exposto, somos pelo CONHECIMENTO do recurso e, quanto ao mérito, pelo NÃO PROVIMENTO do mesmo, nos termos acima delineados, mantendo-se integralmente a decisão do Presidente desta Corte de Contas, de fl. 376. – g.n.

Destaco que o Colegiado do Plenário na 1ª Sessão Administrativa realizada em 04/02/2020, nos termos do Acórdão TC nº 63/2020-1, consubstanciado pelo Voto de Vista do Eminentíssimo Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, no qual encampei, deliberou pelo conhecimento e no mérito, pelo não provimento.

Ato contínuo, a requerente por seu patrono, interpôs Embargos de Declaração (Processo TC nº 5467/2020-5), tendo o Colegiado do Conselho Superior de Administração, por meio do Acórdão TC nº 265/2021-4, deliberado pelo não conhecimento dos embargos, porém, reconheceu a nulidade absoluta do Acórdão TC nº 63/2020-1, vejamos:

[...]

1. ACÓRDÃO TC-265/2021 – PLENÁRIO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Administrativa do Conselho Superior de Administração, ante as razões expostas pelo Relator:

1.1. NÃO CONHECER dos presentes Embargos de Declaração, opostos pela senhora Fabiana Pereira Azevedo Xavier, em face do Acórdão nº 00063/2020-1 – Plenário, constante do Processo TC nº 9013/2017-5 (Recurso Inominado), por não preencher os requisitos de admissibilidade, relativos ao cabimento e tempestividade, conforme razões antes expendidas no item 2 do voto;

1.2. RECONHECER DE OFÍCIO a nulidade absoluta do Acórdão TC nº 00063/2020-1 – Plenário, anulando-se os atos praticados a partir da publicação da pauta de julgamento do Processo TC 9013/2017-5, devendo ser publicada nova pauta para sessão de julgamento, permitindo-se a Recorrente e/ou patronos realizar sustentação oral, tornando-se insubsistente o Acórdão TC nº 00063/2020-1 – Plenário, conforme razões expendidas no item 2 do voto;

1.3. DAR CIÊNCIA aos interessados, ARQUIVANDO-SE os autos após o trânsito em julgado.

2. Sem divergência, absteve-se de votar, por impedimento, o conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo.

3. Data da Sessão: 09/03/2021-2ª Sessão Administrativa do Conselho Superior de Administração.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator), Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges e Rodrigo Coelho do Carmo.

(...)

Assim, tendo em vista que o Acórdão TC nº Acórdão TC nº 63/2020-1 foi tornando insubsistente, necessário é analisar se presentes estão os requisitos para admissibilidade do presente recurso.

2.2. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE:

Da análise dos autos, **verifica-se que o presente recurso inominado é cabível**, na forma do artigo 479, da Resolução TC nº 261/2013 – Regimento Interno, tendo sido protocolizado neste Egrégio Tribunal de Contas em **30/08/2012**, sendo que a recorrente tomou ciência da decisão recorrida na data de **15/08/2012**.

Assim, tendo em vista que **o prazo para interposição do recurso venceu em 30/08/2012**, denota-se que o presente recurso é **tempestivo**, vez que a recorrente dispõe de prazo de 15 (quinze) dias para interposição, conforme prevê o artigo 479, do Regimento Interno, Resolução TC nº 261/2013.

Ademais, constato que a recorrente possui **interesse recursal, sendo parte legítima**, na forma do inciso I, do artigo 396, do Regimento Interno – Resolução TC 261/2013, portanto, **presentes estão os requisitos legais e regimentais para sua admissibilidade**.

Ultrapassada essa fase passo a análise do mérito.

2.3. MÉRITO:

Em suas razões recursais, a recorrente, em síntese, pleiteia “o acolhimento do presente recurso para que seja aplicada a Lei Complementar Estadual nº 622/2012, efetuando-se a opção da recorrente em receber a sua remuneração por subsídio, por ser de DIREITO e da mais inteira JUSTIÇA”.

Na ocasião, a Área Técnica, por meio da 8ª Controladoria Técnica, à época, manifestou-se através da Instrução Técnica de Recurso nº 32/2013, pelo conhecimento e no mérito pelo não provimento ao presente recurso.

[...]

CONCLUSÃO

Ante o exposto, **somos pelo CONHECIMENTO do recurso e, quanto ao mérito, pelo NÃO PROVIMENTO do mesmo, nos termos acima delineados, mantendo-se integralmente a decisão do Presidente desta Corte de Contas, de fl. 376.** – g.n.

Em sede de sustentação oral, o patrono da recorrente na 4ª Sessão Administrativa do Conselho Superior de Administração de 01/06/2021, apresentou argumentações constantes das Notas Taquigráficas (Peça Complementar nº 25.839/2021-9 - evento 17), vejamos:

Nós observamos que no julgamento anterior, o que foi anulado, o pedido da recorrente foi indeferido por conta de um entendimento do STF, no qual aponta que o servidor estável não é igual ao servidor concursado. Exatamente porque não fez o concurso público e não integraria, por conseguinte, à carreira. Nós ponderamos que o nosso pedido não é lastreado na isonomia, na igualdade. Nós pedimos que ela integre à carreira por um outro princípio, pelo princípio da eficiência. E a gente pondera o seguinte, que em relação ao presente tema, o Ministério Público Federal, quando do julgamento do Recurso Ordinário, que lastreia o nosso pedido, que a gente utilizou como precedente, o Ministério Público Federal encampou essa tese do princípio da eficiência. Ele ponderou que...Agente juntou esse parecer nos autos. Por outro lado, convém ressaltar, ainda, que, sob o que pese a argumentação que a interpretação esposada no acórdão (palavra inaudível) no sentido de que o servidor estável possui somente direito de permanência no serviço público no cargo em que fora admitido, todavia, sem incorporação na carreira, não tendo direito à progressão funcional, constitui um verdadeiro desestímulo ao aprimoramento das atividades funcionais desempenhadas pelos ora recorrentes. Sendo assim, o referido entendimento afronta indubitavelmente o disposto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, no tocante ao princípio da eficiência que norteia o desempenho das funções públicas. Insta salientar, a propósito, entendimento desse colendo Superior Tribunal de Justiça é firme ao asseverar que a movimentação na carreira, a progressão funcional, o objetivo é estimular o servidor a se tornar mais eficiente no serviço público. Eficiência aferível mediante avaliação funcional". Enfim, essa é a manifestação do Ministério Público Federal, no recurso que a gente utiliza como paradigma. E foi o que foi acolhido pelo STJ, no recurso manejado contra decisão do Tribunal, do TJS, referente aos servidores da Assembleia Legislativa estáveis, que também não tiveram seus direitos reconhecidos por conta de serem considerados estáveis, e não concursados, não tendo direito de progressão na carreira. O que agente aponta é que existe essa tese do princípio da eficiência. Essa questão do princípio da eficiência não foi enfrentada, ainda, pelo pretório excelso. Os paradigmas que a gente tem do STF são todos lastreados no princípio da igualdade. Aponta que por não ter feito concurso público, não são iguais. A tese do princípio da eficiência, ela não foi ainda enfrentada pelo STF. E a gente aponta que o pedido dela não é lastreado nos mesmos paradigmas que foram utilizados como base para decisão anterior. Razão pela qual, a gente pugna que o recurso seja deferido. E um último ponto é referente ao poder executivo. A gente juntou uma certidão da Seger, apontando que todos os servidores estáveis, do art. 19, da ADCT, do Poder Executivo Estadual, integram à carreira. E isso, com base no § 2º, do art. 298, da Lei Complementar 46, que exatamente prevê a incorporação desses servidores estáveis na carreira. Que encontra paralelismo com o art. 243, da Lei 8.112. E a gente pondera que ambos normativos ainda não foram declarados inconstitucionais, apesar de serem antigos, não foram declarados inconstitucionais nem pela Corte Estadual, nem pelo Supremo, em controle concentrado de inconstitucionalidade. Razão pela qual, a gente pondera que esse recurso deve ser provido, acolhidas aí as razões do recurso inominado apresentado. (final) – g.n.

Pois bem, extrai-se da argumentação do patrono da recorrente em sede de sustentação oral, que o pedido não é lastreado na isonomia e na igualdade, mas sim

no princípio da eficiência, isso com base em precedente utilizado pelo Ministério Público Federal, quanto a tese do princípio da eficiência.

Aduz que o entendimento relativo ao servidor estável possui somente direito de permanência no serviço público no cargo em que fora admitido, todavia, sem incorporação na carreira, não tendo direito à progressão funcional, “constitui um verdadeiro desestímulo ao aprimoramento das atividades funcionais desempenhadas pelos ora recorrentes”, afrontando “induidosamente o disposto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, no tocante ao princípio da eficiência que norteia o desempenho das funções públicas. Insta salientar, a propósito, entendimento desse colendo Superior Tribunal de Justiça é firme ao asseverar que a movimentação na carreira, a progressão funcional, o objetivo é estimular o servidor a se tornar mais eficiente no serviço público. Eficiência aferível mediante avaliação funcional”.

Informa que utiliza como paradigma a manifestação do Ministério Público Federal, que foi acolhida pelo STJ, no recurso em face de decisão do Tribunal do TJS, relativamente aos “servidores da Assembleia Legislativa estáveis, que também não tiveram seus direitos reconhecidos por conta de serem considerados estáveis, e não concursados, não tendo direito de progressão na carreira e não concursados, não tendo direito de progressão na carreira”.

Aponta que **“existe essa tese do princípio da eficiência. Essa questão do princípio da eficiência não foi enfrentada, ainda, pelo pretório excelso. Os paradigmas que a gente tem do STF são todos lastreados no princípio da igualdade.** Aponta que por não ter feito concurso público, não são iguais. **A tese do princípio da eficiência, ela não foi ainda enfrentada pelo STF”.**

Por fim, afirma que juntou uma certidão da SEGER, “apontando que todos os servidores estáveis, do art. 19, da ADCT, do Poder Executivo Estadual, integram à carreira e com base no § 2º, do art. 298, da Lei Complementar 46, que exatamente prevê a incorporação desses servidores estáveis na carreira, encontrando paralelismo com o art. 243, da Lei 8.112, ponderando que ambos normativos ainda não foram declarados inconstitucionais, apesar de serem antigos, não foram

declarados inconstitucionais nem pela Corte Estadual, nem pelo Supremo, em controle concentrado de inconstitucionalidade”.

Pois bem, em relação a argumentação de que o pedido é lastreado com base na tese do princípio da eficiência, como dito pelo patrono da recorrente essa questão não foi enfrentada pelo STF, logo permanece o entendimento das jurisprudências no que diz respeito ao ADCT 19. No entanto, a referida tese aplicando-se o princípio da eficiência, não se sustenta tendo em vista que o referido ADCT é de repercussão geral, ou seja, uma vez constatada sua existência esta decisão é aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, como no caso em apreço.

Convém ressaltar que o Supremo Tribunal Federal – STF, no Recurso Extraordinário 751.443 do Estado do Espírito Santo, assim se posicionou, *litteris*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 751.443 ESPÍRITO SANTO

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S): ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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

RECDO.(A/S): MARIA LUIZA BARCELOS E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S): WALLISSON FIGUEIREDO MATOS

DECISÃO:

Vistos.

Estado do Espírito Santo interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça que negou provimento ao Agravo Regimental e que restou assim ementado: **“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE**

SEGURANÇA. SERVIDORES PÚBLICOS. ESTABILIDADE DECORRENTE DO ART. 19 DO ADCT DA CF/88.

ENQUADRAMENTO NO PLANO DE CARGOS E CARREIRAS DO PODER LEGISLATIVO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. ATO OMISSIVO CONFIGURADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Encontrando-se devidamente comprovada a condição de Servidores estáveis dos impetrantes, nos termos dos arts. 19 do ADCT da CF/88 e 243 da Lei 8.112/90, deve ser reconhecido o direito líquido e certo de serem incluídos no Plano de Classificação de Cargos. Precedentes.

2. Agravo Regimental do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO desprovido.”

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados. Alegam os recorrentes violação dos artigos 37, inciso II, 93, inciso IX, e 19, *caput*, e § 1º do ADCT, da Constituição Federal.

Sem contrarrazões, o recurso extraordinário foi admitido.

Decido.

Anote-se, inicialmente, que o recurso extraordinário foi interposto contra acórdão publicado após 3/5/07, quando já era plenamente exigível a demonstração da repercussão geral da matéria constitucional objeto do recurso, conforme decidido na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664.567/RS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 6/9/07.

Todavia, apesar da petição recursal haver trazido a preliminar sobre o tema, não é de se proceder ao exame de sua existência, uma vez que, nos termos do artigo 323 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com a redação introduzida pela Emenda Regimental nº 21/07, primeira parte, o procedimento acerca da existência da repercussão geral somente ocorrerá “quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão”.

A irresignação não merece prosperar.

O acórdão recorrido consignou:

“[...] encontrando-se devidamente comprovada a condição de Servidores estáveis dos impetrantes, nos termos do art. 19 do ADCT da CF/88 e 243 da Lei 8.112-90, deve ser reconhecido o direito líquido e certo de serem incluídos no Plano de Classificação de Cargos.

In casu, há previsão na legislação estadual, qual seja, o art. 92, parág. único da Resolução 2.890 da Mesa Diretora da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, que prevê o ingresso dos Servidores no Plano de Cargos e Carreiras do Poder Legislativo, restando configurada a prática de ato ilegal pela autoridade coatora”.

Como se vê, o acórdão recorrido decidiu a lide com base na legislação infraconstitucional e no conjunto fático probatório dos autos. A simples menção ao art. 19 do ADCT da CF/88 por si só não implicou em discussão sobre tema constitucional. O cerne da discussão está na verificação da legalidade ou não da regra estabelecida no ato normativo frente à Lei 8.112/90. Assim, para acolher a pretensão do recorrente seria necessário o reexame dos fatos e provas dos autos, o que não é possível em sede de recurso extraordinário. Incidência da Súmula nº 279 desta Corte. Nesse sentido, precedentes específicos:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ART. 19 DO ADCT. ESTABILIDADE. REQUISITOS. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PERTINENTE. REEXAME FÁTICOPROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 279/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO” (RE nº 576.504/SP-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki. DJ de 18/12/12).

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ESTABILIDADE DO ART. 19, ADCT. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS. REEXAME DE FATOS E PROVAS.

SÚMULA 279. O art. 19 do ADCT, por estabilizar no serviço público quem não ocupa cargo efetivo, configurando, assim, exceção ao republicano instituto do concurso público, deve ser interpretado nos seus estritos termos. A situação tratada nos autos não permite a invocação dos precedentes desta Corte que, excepcionalmente, entenderam que as interrupções do contrato de trabalho dos docentes nos períodos de férias letivas não prejudicava a contagem de tempo para o gozo da estabilidade excepcional. Agravo regimental a que se nega provimento” (RE nº 599.661/MGAgR, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 25/9/12).

Ademais, os novos fatos mencionados pelas partes durante o trâmite deste recurso somente confirmam a necessidade de se aplicar os precedentes mencionados.

Ante o exposto, nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso extraordinário.

Publique-se.

Brasília, 4 de fevereiro de 2014.

Ministro DIAS TOFFOLI

Relator

Publicação, DJE

DJE nº 31, divulgado em 13/02/2014

Na sequência foi interposto Agravo em face da decisão constante do Recurso Extraordinário 751.443, no entanto foi negado seu processamento, em razão da intempestividade, vejamos:

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 751.443 ESPÍRITO SANTO

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

AGTE.(S): ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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

AGDO.(A/S) :MARIA LUIZA BARCELOS E OUTRO

(A/S) ADV.(A/S) :WALLISSON FIGUEIREDO MATOS

DECISÃO

Diante da certidão da Secretaria Judiciária a confirmar que o agravo regimental é intempestivo e que a decisão publicada no dia 14/02/2014 transitou em julgado em 26/02/2016, nego o processamento ao agravo.

Proceda-se a necessária baixa, com as anotações de praxe.

Publique-se. Int..

Brasília, 31 de outubro de 2014.

Ministro DIAS TOFFOLI

Relator

Documento assinado digitalmente

Em relação ao desestímulo do servidor estável possuir somente o direito de permanência no serviço público no cargo em que fora admitido, sem incorporação na

carreira, convém dizer que este Tribunal de Contas está cumprindo apenas os ditames da legislação vigente.

No que se refere a integração à carreira e com base no § 2º, do art. 298, da Lei Complementar Estadual nº 46/1994 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Espírito Santo), assim estabelece, *litteris*:

[...]

Art. 298 Ficam submetidos ao Regime Jurídico Único instituído por esta Lei os atuais servidores públicos estaduais, estatutários, da administração pública direta e das autarquias, dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, permitindo-se aos servidores públicos celetistas a opção pelo regime jurídico estabelecido por esta Lei ou por continuarem regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - C.L.T.

§ 1º - O prazo a que se refere este artigo encerra-se-á em 30.06.95. (Redação dada pela LC nº 59, DOE 5.4.1995)

§ 2º - **O direito à opção pelo ingresso no regime jurídico de que trata esta Lei é assegurado ao servidor público que tenha adquirido estabilidade no serviço 100 LEI COMPLEMENTAR Nº 46/94 público com a promulgação da Constituição Federal.** (Redação dada pela LC nº 59, DOE 5.4.1995). – g.n.

Cumprе ressaltar que o § 2º do artigo 298, da Lei Complementar Estadual nº 46/1994, traz expresso a submissão ao Regime Jurídico Único dos atuais servidores públicos estaduais, podendo optar pelo regime jurídico desta lei ou serem regidos pela CLT.

O artigo 243, da Lei 8.112/1990, assim dispõe:

Art. 243. Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação.

§ 1º Os empregos ocupados pelos servidores incluídos no regime instituído por esta Lei ficam transformados em cargos, na data de sua publicação.

§ 2º As funções de confiança exercidas por pessoas não integrantes de tabela permanente do órgão ou entidade onde têm exercício ficam transformadas em cargos em comissão, e mantidas enquanto não for implantado o plano de cargos dos órgãos ou entidades na forma da lei.

§ 3º As Funções de Assessoramento Superior - FAS, exercidas por servidor integrante de quadro ou tabela de pessoal, ficam extintas na data da vigência desta Lei.

§ 4º (VETADO).

§ 5º O regime jurídico desta Lei é extensivo aos serventuários da Justiça, remunerados com recursos da União, no que couber.

§ 6º Os empregos dos servidores estrangeiros com estabilidade no serviço público, enquanto não adquirirem a nacionalidade brasileira, passarão a integrar tabela em extinção, do respectivo órgão ou entidade, sem prejuízo dos direitos inerentes aos planos de carreira aos quais se encontrem vinculados os empregos.

§ 7º Os servidores públicos de que trata o *caput* deste artigo, não amparados pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, poderão, no interesse da Administração e conforme critérios estabelecidos em regulamento, ser exonerados mediante indenização de um mês de remuneração por ano de efetivo exercício no serviço público federal. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

§ 8º Para fins de incidência do imposto de renda na fonte e na declaração de rendimentos, serão considerados como indenizações isentas os pagamentos efetuados a título de indenização prevista no parágrafo anterior. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

§ 9º Os cargos vagos em decorrência da aplicação do disposto no § 7º poderão ser extintos pelo Poder Executivo quando considerados desnecessários. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

Os sobreditos normativos não foram declarados inconstitucionais, nem pela Corte Estadual, nem pelo Supremo, razão pela qual permanecem na esfera jurídica para o devido cumprimento.

Pois bem, em relação a matéria em apreço, com a devida vênia, é importante ressaltar que os argumentos trazidos pelo patrono da recorrente destoam do entendimento deste Relator, motivo pelo qual passo a tecer considerações.

O artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT do STF, assim preceitua:

[...] é estável, 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** a progressão funcional nela, ou **a desfrutar de benefícios que sejam privativos de seus integrantes**. (RE 163.715, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 19.12.1996).

Neste contexto, trago o entendimento do Eminentíssimo Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, esposado no evento 2 – fls. 56-64, vejamos:

[...]

(...) cabe registrar que de fato inexistiu controvérsia a respeito do tema, principalmente no âmbito do STF, como assentam diversos precedentes que por reiteradas vezes afirmaram que os servidores abrangidos pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) não se equiparam a servidores efetivos.

(...)

O Supremo Tribunal também deixou clara, em decisão unânime, a distinção entre efetividade e a estabilidade conferida pelo art. 19 do ADCT, de modo que ao servidor estabilizado não se estendem as vantagens e os direitos assegurados aos servidores efetivos integrantes de carreira, nos seguintes termos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FUNCIONÁRIO PÚBLICO ESTADUAL ADMITIDO SEM CONCURSO PÚBLICO E REDISTRIBUÍDO PARA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO. EFETIVAÇÃO POR RESOLUÇÃO DA MESA. FORMA DERIVADA DE INVESTIDURA EM CARGO PÚBLICO. DESFAZIMENTO DO ATO ADMINISTRATIVO PELA MESA DIRETORA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. ILEGALIDADE DO ATO QUE DECLAROU A NULIDADE DA INVESTIDURA DO SERVIDOR. IMPROCEDÊNCIA. EFETIVIDADE E ESTABILIDADE. 1. Servidor contratado para o cargo de carreira integrante do Poder Executivo estadual e redistribuído para a Assembléia Legislativa do Estado. Efetivação por ato da Mesa Legislativa. Forma derivada de investidura em cargo público. Inobservância ao artigo 37, II, da Constituição Federal. 1.1. O critério do mérito aferível por concurso público de provas ou de provas e títulos é, no atual sistema constitucional, indispensável para o cargo ou emprego isolado ou de carreira. Para o isolado, em qualquer hipótese; para o de carreira, só se fará na classe inicial e pelo concurso público de provas ou de provas e títulos, não o sendo, porém, para os cargos subsequentes que nela se escalonam até seu final, pois, para estes, a investidura se dará pela forma de provimento que é a "promoção". 1.2. Estão banidas, pois, as formas de investidura antes admitidas - ascensão e transferência -, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso. 1.3. O preceito constitucional inserto no art. 37, II, não permite o "aproveitamento", uma vez que, nesse caso, há igualmente o ingresso em outra carreira, sem o concurso público exigido. Precedente. **2. Efetividade e estabilidade. Não há que confundir efetividade com estabilidade. Aquela é atributo do cargo, designando o funcionário desde o instante da nomeação; a estabilidade é aderência, é integração no serviço público, depois de preenchidas determinadas condições fixadas em lei, e adquirida pelo decurso de tempo.** **3. Estabilidade: artigos 41 da Constituição Federal e 19 do ADCT. A vigente Constituição estipulou duas modalidades de estabilidade no serviço público: a primeira, prevista no art. 41, é pressuposto inarredável à efetividade. A nomeação em caráter efetivo constitui-se em condição primordial para a aquisição da estabilidade, que é conferida ao funcionário público investido em cargo, para o qual foi nomeado em virtude de concurso público. A segunda, prevista no art. 19 do ADCT, é um favor constitucional conferido àquele servidor admitido sem concurso público há pelo menos cinco anos antes da promulgação da Constituição. 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 a progressão funcional nela, ou a desfrutar de benefícios que sejam privativos de seus integrantes.** **3.1. O servidor que preencher as condições exigidas pelo art. 19 do ADCT-CF/88 é estável no cargo para o qual fora contratado pela 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.** 4. Servidor estável "ex vi" do art. 19 do ADCT, redistribuído para Assembléia Legislativa e efetivado na carreira por ato da Mesa Legislativa. Anulação. Ilegalidade e existência de direito adquirido. Alegação improcedente. Súmula 473/STF. 4.1. O ato de "redistribuição" ou "enquadramento", assim como o de "transferência" ou "aproveitamento", que propiciou o ingresso do servidor na carreira, sem concurso público, quando esse era excepcionalmente estável no cargo para o qual fora contratado inicialmente (art. 19, ADCT), é nulo, por inobservância ao art. 37, II, da Constituição Federal. Legítimo é o ato administrativo que declarou a nulidade da

Resolução da Mesa da Assembléia Legislativa, que efetivou o agente público, pois a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos (Súmula 473). A Constituição Federal não permite o ingresso em cargo público - sem concurso. Recurso extraordinário conhecido e provido, para cassar a segurança concedida. (RE 167635/PA – Rel. Min. Maurício Corrêa – julgado em 17.09.1996 – Segunda Turma - DJ 07.02.1997).

Em linhas idênticas, também é possível mencionar tantos outros precedentes do STF, a exemplo dos reproduzidos a seguir:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. **Servidores públicos detentores da estabilidade excepcional do art. 19 do ADCT.** Inclusão no regime próprio de previdência social.

Impossibilidade. Precedentes.

1. **Os servidores abrangidos pela estabilidade excepcional prevista no art. 19 do ADCT não se equiparam aos servidores efetivos, os quais foram aprovados em concurso público. Aqueles possuem somente o direito de permanecer no serviço público nos cargos em que foram admitidos, não tendo direito aos benefícios privativos dos servidores efetivos.**

2. Conforme consta do art. 40 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 42/2003, pertencem ao regime próprio de previdência social tão somente os servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, incluídas suas autarquias e fundações.

3. Agravo regimental não provido.

4. Majoração da verba honorária em valor equivalente a 10% (dez por cento) do total daquela já fixada (art. 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC), observada a eventual concessão do benefício da gratuidade da justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual de 20 a 26/10/2017, na conformidade da ata do julgamento, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. (ARE 1.069.876 Agr/SP – Rel. Min. Dias Tofoli – Segunda Turma - julgado em 10.11.2017 – DJ 13.11.2017).

Vê-se, portanto, que o entendimento assentado pelo STF é de que os servidores abrangidos pelo art. 19 do ADCT não se equiparam a servidores efetivos e, para que dúvidas não parem, reproduzo a seguinte ementa extraída de julgado exarado pelo Tribunal Pleno da Suprema Corte em sede de controle abstrato de constitucionalidade:

EMENTA: 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 289 /

CE – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – julgado em 09.02.2007 - Tribunal Pleno – publicado em 16.03.2007)

Sendo assim, não há que se cogitar a extensão de efeitos de direitos e de vantagens que são exclusivos de carreira integrada por servidores titulares de cargos efetivos, como também ilustram os próximos precedentes, todos pronunciados pela Suprema Corte:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

ADCT, ARTIGO 19. INCORPORAÇÃO. GRATIFICAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO. LEI N. 11.171/86 DO ESTADO DO CEARÁ. 1. É necessário que o servidor público possua --- além da estabilidade --- efetividade no cargo para ter direito às vantagens a ele inerentes. 2. O Supremo fixou o entendimento de que 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.

Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 400343 AgR / CE – Rel. Min. Eros Grau – julgado em 17.06.2008 - Segunda Turma – publicado em 31.07.2008)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. LEI ESTADUAL Nº 11.171/86 DO ESTADO DO CEARÁ. GRATIFICAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO. INCORPORAÇÃO. ESTABILIDADE. EFETIVIDADE. ART. 19 DO ADCT. 1. **A vantagem prevista na Lei estadual 11.171, de 10.4.1986, tinha por destinatários os servidores efetivos, em exercício de cargo, não se incluindo nesse conceito os servidores estáveis por força do art. 19 do ADCT, não efetivados por meio de concurso público.** Precedente. 2. Agravo regimental improvido. (RE 383576 AgR / CE – Rel. Min. Ellen Gracie – julgado em 14.06.2005 - Segunda Turma – publicado em 05.08.2005)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. **ESTABILIDADE EXCEPCIONAL: ART. 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DE VANTAGENS INERENTES AO EXERCÍCIO DE CARGO EFETIVO.**

PREENCHIMENTO DE REQUISITO PARA PROVIMENTO DE CARGO

EFETIVO: SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. (ARE 852.600 / RJ – Rel. Min. Cármen Lúcia – julgado em 24.02.2015 – Segunda Turma – publicado em 05.03.2015)

Logo, alinho meu pensamento ao entendimento sedimentado do STF e concluo que, em se tratando de servidora estabilizada na forma do mencionado art. 19 da ADCT, não ocupante de cargo efetivo que integre a carreira regulada pela Lei Complementar Estadual 622/2012, não há que se falar em direito de opção pela modalidade de remuneração por subsídio de que trata o art. 18 desta lei, uma vez que a recorrente não é destinatária da norma por ela invocada.

Além do mais, igualmente não cabe a este Tribunal – cuja atuação guarda semelhança com a atividade jurisdicional, mas que não tem função legislativa – aumentar os vencimentos da requerente sob o alegado e frágil fundamento da isonomia, sob o risco de contrariar a Súmula Vinculante 37, também do Supremo Tribunal Federal:

Súmula Vinculante 37

Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.

Portanto, o enquadramento em plano de cargos e carreira pressupõe a efetividade no serviço público e, sendo assim, não pode abranger aqueles que gozam apenas da estabilidade conferida pelo art. 19 do ADCT.

Assim, é importante esclarecer que a mera referência desta servidora a uma classe inicial existente no quadro de cargos do órgão se justifica tão somente para fins operacionais, não significando o efetivo ingresso da servidora na carreira propriamente dita, até porque, como visto, não logrou aprovação em indispensável e prévio concurso público.

Por último, quanto a divergência que inauguro, cumpre-me defender que o feito se encontra apto a julgamento, não tendo identificado necessidade de realização de qualquer providência preliminar, tampouco de produção de provas, de modo que deve prevalecer o enfrentamento de mérito, em harmonia com o disposto no art. 355, do Código de Processo Civil (CPC):

Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando:

I - não houver necessidade de produção de outras provas;

Nos dizeres de Theotônio Negrão em sua obra Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor (São Paulo: Saraiva, p. 408), “Não pode o juiz, [...], relegar para fase ulterior a prolação da sentença, se houver absoluta desnecessidade de ser produzida prova [...]”, até porque o CPC é explícito ao definir que se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito (art. 1.013, § 3º, do CPC c/c art. 70, da Lei Complementar Estadual 621/2012).

Logo, aplicando a teoria da causa madura, retomando a busca pela duração razoável do processo e considerando os precedentes arrolados e os robustos argumentos já dispendidos tanto pela unidade técnica competente (fls. 12-29) e, antes disso, pela Consultoria Jurídica deste Tribunal (fls. 274-280 e 371-373, v. II do apenso), voto por que seja negado provimento ao presente recurso inominado.

III PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Por todo o exposto e com base na competência outorgada pelo inciso V, do artigo 29, da Resolução TC 261/2013 (Regimento Interno do TCEES), acompanho o entendimento da Consultoria Jurídica e da 8ª Controladoria Técnica para divergir do entendimento proferido pelo conselheiro relator e VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação:

Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun
Conselheiro

ACÓRDÃO:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Administrativa Plenária, ante as razões expostas, em:

III.1 **CONHECER** este recurso inominado, nos termos dos artigos 149 e seguintes da LC 46/1994 e, no mérito, **NEGAR PROVIMENTO**, mantendo-se inalterada a decisão recorrida, pelas razões constantes do item II;

III.2 Dar **CIÊNCIA** à parte, na forma regimental; e

III.3 Após o trânsito em julgado, **ARQUIVAR** os autos.

Pois bem, o sobredito entendimento do Eminentíssimo Conselheiro, o qual integro nesta fundamentação, evidencia a distinção entre efetividade e a estabilidade conferida pelo art. 19 do ADCT, de modo que ao servidor estabilizado não se estendem as vantagens e os direitos assegurados aos servidores efetivos integrantes de carreira, razão pela qual coaduno com este entendimento e adoto como razões.

Não obstante a isto, friso que os servidores transpostos do regime celetista para o estatutário não detêm a efetividade, seja pela estabilidade extraordinária relativa ao art. 19 do ADCT, bem como aquela ordinária relativa ao art. 41 da CF/88, em razão de não terem sido aprovados em concurso público, ou seja, a efetividade ocorre com a submissão a concurso público, quando aprovado e nomeado, nos termos do art. 37, II, da CF/88.

Desse modo, pelos elementos constantes dos autos e pelas considerações acima delineadas, acompanho o entendimento da Consultoria Jurídica e da 8ª Controladoria Técnica, nos termos da Instrução Técnica de Recurso nº 32/2013, entendendo que o presente recurso não deve ser provido.

3. **DISPOSITIVO:**

Ante o exposto, acompanhando o entendimento da Área Técnica e da Consultoria Jurídica, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de Acórdão que submeto à sua consideração.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA
Conselheiro Relator

1- ACÓRDÃO TC-695/2021-6

Vistos, relatados e discutidos os autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão do Conselho Superior de Administração deste Tribunal, ante as razões expostas pelo relator, em:

1.1. CONHECER o presente Recurso de Inominado, interposto pela Sra. **Fabiana Pereira Azevedo Xavier**, em face da Decisão, constante à folha 376 dos autos do Processo 1126/1995-4, em apenso, por estarem preenchidos os requisitos de admissibilidade, pelas razões expendidas no item 2.2 do voto;

1.2. NEGAR PROVIMENTO ao presente recurso, mantendo-se incólume a decisão recorrida, pelas razões constantes do item 2.3 do voto;

1.3. DAR CIÊNCIA Aos interessados, na forma regimental; e

1.4. ARQUIVAR os autos, após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 08/06/2021 - 5ª Sessão Administrativa do Conselho Superior de Administração

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner e Rodrigo Coelho do Carmo.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões