



Publicado no D. O. E.
Em, 19/03/2010

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

Secretaria do Tribunal Pleno

PROCESSO TC Nº 00705/10

Consulta formulada pelo Prefeito Municipal de Sumé sobre a possibilidade, com base na EC nº 41/03, conceder aposentadoria facultativa a seus servidores que não ingressaram no serviço público mediante concurso público. Conhecimento da consulta. Resposta nos termos do Parecer da DIAFI/DIAPG.

PARECER PN TC 00007 /2010

1.RELATÓRIO

Trata o presente Processo de consulta formulada pelo Prefeito Municipal de Sumé, Sr. Francisco Duarte da Silva Neto, sobre a possibilidade, com base no art. 2º da Emenda Constitucional nº 41/03 conceder aposentadoria facultativa a seus servidores que não ingressaram no serviço público mediante concurso público.

A consulta foi encaminhada à Divisão de Auditoria de Atos de Pessoal e Gestão Previdenciária – DIAPG, a qual, através do ACP Rodrigo Anderson Ferreira Oliveira, pronunciou-se em parecer, fls. 11/14 dos autos, com a seguinte conclusão:

“A Auditoria reconhece, preliminarmente, a admissibilidade da consulta e, no mérito, conclui pela possibilidade de concessão de aposentadoria, inclusive com fulcro no art. 2º da Emenda Constitucional nº 41/03, pelo regime próprio de previdência (RPPS) aos servidores que ingressaram no serviço público em cargo efetivo anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, mesmo que sem a realização de concurso público.”

O Ministério Público junto ao TCE-PB, chamado a se pronunciar, emitiu cota fl. 15, da lavra da d. Procuradora Sheyla Barreto Braga de Queiroz, devolvendo os autos ao Relator, haja vista a vedação de um fiscal da lei funcionar na qualidade de consultor da Administração Pública, embora sob a forma singela de instância revisora de documento/parecer emitido pela Unidade Técnica de Instrução.

2.PROPOSTA DE DECISÃO DO RELATOR

O Relator acompanhou o entendimento da Auditoria e propôs ao Tribunal Pleno que conhecesse a consulta, oferecendo resposta nos termos do Parecer da DIAFI/DIAPG, acima resumido, cuja cópia deve ser encaminhada ao consulente, chamando a atenção do interessado que a possibilidade de concessão de aposentadoria, em referência, diz respeito aos cargos efetivos, cuja ocupação ocorreu antes da promulgação da Constituição Federal de 1988.

3. DECISÃO DO TRIBUNAL PLENO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC nº 00705/10, que trata de consulta formulada pelo Prefeito Municipal de Sumé, Sr. Francisco Duarte da Silva Neto, sobre a possibilidade, com base no art. 2º da Emenda Constitucional nº 41/03 conceder aposentadoria facultativa a seus servidores que não ingressaram no serviço público mediante concurso público, decidiram os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, por unanimidade de votos, na sessão plenária hoje realizada, de acordo com a proposta de decisão do Relator, tomar conhecimento da Consulta e, no mérito, respondê-la nos termos do Parecer da DIAFI/DIAPG, cuja cópia deve ser parte integrante desta decisão, chamando a atenção do interessado que a possibilidade de concessão de aposentadoria, em referência, diz respeito aos cargos efetivos, cuja ocupação ocorreu antes da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Publique-se, intime-se e cumpra-se.
TC-PB – Plenário Min/ João Agripino.
João Pessoa, 10 de março de 2010.

Conselheiro Antônio Nominando Diniz Filho
PRESIDENTE

Conselheiro Flávio Satrio Fernandes

Conselheiro Arnóbio Alves Viana

Conselheiro José Marques Mariz

Conselheiro Fernando Rodrigues Catão

Conselheiro Fábio Túlio Filgueiras Nogueira

Conselheiro Umberto Silveira Porto

Auditor Antônio Cláudio Silva Santos
RELATOR

Marcello Toscano Franca Filho
PROCURADOR GERAL
DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCE-PB



DIRETORIA DE AUDITORIA E FISCALIZAÇÃO – DIAFI
DEPARTAMENTO DE AUDITORIA DE ATOS DE PESSOAL E GESTÃO PREVIDENCIÁRIA – DEAPG
DIVISÃO DE AUDITORIA DE ATOS DE PESSOAL E GESTÃO PREVIDENCIÁRIA – DIAPG

PROCESSO:	00705/10
ORIGEM:	Prefeitura Municipal de Sumé
ASSUNTO:	Ingresso regular no serviço público e aposentadoria

I. TERMOS DA CONSULTA

1. Cuida-se de consulta formulada pelo **Prefeito Municipal de Sumé** Francisco Duarte da Silva Neto, na qual a referida autoridade apresenta o seguinte questionamento:

Pode, com base no art. 2º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, ser concedida aposentadoria facultativa aos servidores que não ingressaram no serviço público mediante concurso público?

2. O dispositivo especificado cria regra de transição que excepciona as disposições gerais de aposentadoria advindas com as reformas previdenciárias, estabelecendo:

“Art. 2º Observado o disposto no art. 4º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, é assegurado o direito de opção pela aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, §§ 3º e 17, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação daquela Emenda, quando o servidor, cumulativamente:
I - tiver cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;
II - tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria;
III - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:
a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e
b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data de publicação daquela Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea a deste inciso.”

3. A inquietude do gestor do município resulta da incerteza sobre a possibilidade de os servidores públicos admitidos sem prévia realização de concurso, mas anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, aposentarem-se com fulcro no dispositivo acima transcrito, considerando que a Constituição de 1967/1969 já apresentava exigência de realização de certame para a admissão de pessoal.

4. Assim, pede o consulente o posicionamento deste Tribunal de Contas sobre o tema suscitado.

II. FUNDAMENTAÇÃO

II.1. Conhecimento da consulta

5. Nos termos do art. 1º, inciso IX, da Lei Complementar 18/93 (Lei Orgânica do TCEPB), compete ao Tribunal de Contas do Estado responder a “consultas formuladas por autoridades competentes, versando sobre dúvidas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de competência do Tribunal, na forma estabelecida no Regimento Interno”.

6. De acordo com § 2º do referido dispositivo legal, a resposta que for dada à consulta terá caráter normativo, constituindo prejulgamento de tese, mas não de fato ou caso concreto. Assim, o conhecimento da consulta pressupõe dois requisitos básicos: a) formulação por autoridade sujeita à fiscalização desta Corte; b) conteúdo abstrato da indagação apresentada, a qual não poderá versar sobre fatos ou caso concreto, mas sobre o sentido da lei em tese.

7. Feitas essas sumárias considerações, pode-se afirmar que a consulta preenche todos os requisitos de admissibilidade.

8. O consulente, na condição de Prefeito Municipal, enquadra-se no rol dos legitimados a que se refere o art. 1º, IX, da Lei Orgânica desta Corte. Em relação ao objeto da consulta, é inegável que o questionamento versa sobre a aplicação em tese das regras previdenciárias legais e constitucionais. Assim, o questionamento tem conteúdo abstrato, não versando, portanto, sobre fatos ou caso concreto.

II.2. Termos da resposta

9. Inicialmente, convém lembrar que a Constituição Federal de 1967 com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969 já trazia em seu bojo a exigência de prévia aprovação em concurso público para a investidura em cargo público, salvo os casos indicados em lei e os cargos em comissão. Era o que previa o art. 97:

“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, em concurso público de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei.

§ 2º Prescindirá de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração.”

10. Contudo, como é de amplo conhecimento, tal dispositivo, enquanto esteve em vigor, apresentou baixa força normativa, sucumbindo, pois, à realidade, já que as contratações sem concurso público continuaram a ocorrer de forma corriqueira.

11. Este desprezo à ordem jurídica posta trata-se do fenômeno denominado pelo Professor Marcelo Neves como “constitucionalização simbólica”¹, que explica a ineficácia da norma constitucional como fator direcionado à mera confirmação de valores sociais e à capacidade de ação do Estado, sem, contudo, operar qualquer alteração tática.

¹ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

12. Com efeito, a norma em estudo, longe de modificar a realidade com a imposição da realização de concurso público para admissão de pessoal na Administração Pública, apenas demonstra ter sido uma aparente solução de problemas da sociedade, mascarando os acontecimentos, que continuaram de acordo com a antiga praxe.

13. Nesse contexto, deu-se a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, mantendo a exigência de submissão a concurso para o ingresso em cargo efetivo na Administração Pública, inovou no sentido de atribuir maior carga axiológica aos mandamentos que moralizam e limitam a atuação do gestor público, consagrando expressamente os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

14. Por outro lado, não esqueceu o constituinte aquela situação fática que até então imperava, tendo sido estabelecido no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias preceito excepcional que torna estável no serviço público quem estivesse em exercício há pelo menos cinco anos na data da promulgação da Carta Maior, mesmo que não tivesse realizado concurso público, senão vejamos:

“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.”

15. É cristalino que a norma de estabilidade especial teve por objetivo conceder aos servidores que contassem com tempo de serviço superior a cinco anos, na data da promulgação da Constituição, os mesmos direitos dos servidores efetivados no cargo pela regra geral de ingresso no serviço público mediante concurso público e aquisição de estabilidade após o estágio probatório.

16. Assim, excetuar o direito a previdência por regime próprio dos servidores, ou mesmo a incidência de algumas normas de concessão de benefícios, seria interpretação que não se coaduna com a razoabilidade e com a isonomia.

17. Outrossim, é de se considerar que mesmo os servidores não estabilizados na forma do art. 19 do ADCT, nem efetivados, devem ser vinculados ao regime próprio de previdência, desde que tenham ingressado no serviço público anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988.

18. Isto se deve ao fato de que tais servidores são titulares de cargos efetivos. Não os ocupam de forma precária, pois do contrário não seria legítimo o exercício das atribuições correlatas. Ademais, é relevante considerar a incidência do princípio da segurança jurídica ao caso.

19. Por fim, destaque-se que esse é o entendimento pacificado no âmbito da União, conforme Parecer GM-30 da Advocacia-Geral da União², que, vinculando a administração pública federal, assim, concluiu:

² Advocacia-Geral da União. Parecer GM-30, de 04/02/2002. Advogado-Geral da União Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDeTalhado.aspx?idAto=8426&ID_SITE=>>.

“Do exposto, visto que a efetividade do servidor tem relação com a forma de admissão, não sendo, portanto, um pressuposto ou pré-requisito para considerar-se alguém servidor pleno ou não, conclui-se que os servidores titulares de cargos efetivos - ainda que não estáveis nem efetivados - possuem direito ao mesmo regime previdenciário dos demais servidores titulares de cargos efetivos, v.g., efetivos os cargos, não os servidores, efetivos ou efetivados por concurso público.

Com efeito, a nova redação do art. 40, § 13, da Constituição Federal, estabeleceu que, ao servidor, ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação, bem como de outro cargo temporário ou emprego público aplica-se o regime geral de previdência social- (além de excepcionar os cargos em comissão e os empregos públicos, fez-se, para o regime que introduz, uma única distinção, apenas em relação a cargos e empregos temporários). Segue-se que aparentemente não há lugar para uma interpretação extensiva ser aplicada a uma tal restrição.”

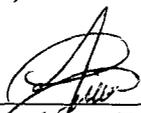
20. Portanto, verifica-se plenamente possível a aplicação do regime próprio de previdência aos servidores ocupantes de cargo efetivo, inclusive quanto ao art. 2º da Emenda Constitucional nº 41/03, mesmo que tenham ingressado no serviço público sem concurso, mas desde que anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988.

III. CONCLUSÃO

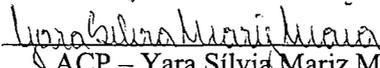
21. À vista de todo o exposto, a Auditoria reconhece preliminarmente a admissibilidade da consulta e, no mérito, conclui pela possibilidade de concessão de aposentadoria, inclusive com fulcro no art. 2º da Emenda Constitucional nº 41/03, pelo regime próprio de previdência social aos servidores que ingressaram no serviço público em cargos efetivos anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, mesmo que sem a realização de concurso público.

É o relatório.

João Pessoa, 18 de fevereiro de 2010.


Rodrigo Anderson Ferreira Oliveira
Auditor de Contas Públicas

De ordem, encaminhe-se ao DEAPG.


ACP – Yara Sílvia Mariz Maia
Chefe da DIAPG

Encaminhe-se à DIAFI.


ACP – Hélio Carneiro Fernandes
Chefe do DEAPG