

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA DA CONQUISTA

PROCESSO Nº 09315e19

PARECER Nº 01231-19 (F.L.Q.)

SERVIDOR PÚBLICO. CONTRATAÇÃO ANTERIOR À CF/88. SEM APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. ESTABILIDADE CONSTITUCIONAL. ART. 19, ADCT. APOSENTADORIA. EFEITOS.

1) Os servidores que foram admitidos antes de 05/10/1983, pelo regime celetista, e que são dotados da estabilidade aludida no art. 19, do ADCT, mas que não se submeteram a concurso público, não podem ser investidos no cargo público de provimento efetivo, mesmo após a instituição do Regime Jurídico Único. Todavia, com o advento de norma local, extinguindo o regime anterior e estabelecendo o regime jurídico estatutário, a esse servidor estável são aplicadas as normas estatutárias e não mais as celetistas. Sendo estatutários, a aposentadoria representa a vacância do cargo anteriormente ocupado, embora por força do quanto disposto no art. 40, da CF, filiem-se ao RGPS.

2) Os servidores que ingressaram nos quadros da Administração Pública, em data anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, sem concurso público, e que não são estáveis, permanecem vinculados ao Estado mediante contrato de trabalho, regido pelas normas da CLT, subsistindo a obrigação de realização dos depósitos do FGTS. Tal como os ocupantes de cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração, filiam-se ao RGPS, sendo que as respectivas aposentadorias não implicam na rescisão dos contratos de trabalho.

O Prefeito do **MUNICÍPIO DE VITÓRIA DA CONQUISTA**, Sr. Herzem Gusmão Pereira, por meio de expediente endereçado ao Presidente deste TCM, aqui protocolado sob o nº 09315e19, acerca dos efeitos decorrentes da aposentadoria do servidor público, da situação jurídica do servidor que ingressou na Administração Pública anterior à

Constituição Federal de 1988, bem como daqueles nomeados para ocuparem cargos comissionados, questiona-nos o seguinte:

“Os servidores que ingressaram na Administração Pública Municipal, por meio de processo seletivo, até cinco anos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 e que por essa razão adquiriram estabilidade, podem ser considerados estatutários e incorporarem os benefícios oferecidos aos servidores municipais, tendo em vista a existência de um Regime Jurídico Único para os servidores do Município? Nestes casos, quando ocorre o fim da relação jurídica do empregado público/servidor com o Município? No momento que se aposentam no RGPS?

Os servidores que ingressaram na Administração Pública Municipal, por meio de processo seletivo, com menos de cinco anos de exercício antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, possuem estabilidade? Pode o gestor exonerá-los independentemente de prévia aposentadoria pelo RGPS?

A aposentadoria constitui hipótese de vacância do cargo no regime estatutário, não podendo um servidor estatutário, aposentado pelo RGPS, continuar no cargo do qual se aposentou?

O que foi questionado também se aplica aos servidores nomeados em cargos comissionados de livre nomeação e exoneração?”.

Antes de adentrar ao mérito da consulta sob exame, ressaltamos ao Consulente que, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação apresentada, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Inicialmente, cumpre salientar que a Constituição Federal delineou duas formas de aquisição de estabilidade funcional, uma prevista no seu art. 41, conhecida como estabilidade ordinária, e a outra regulada pelo art. 19, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, chamada de estabilidade excepcional ou constitucional. Por ser o objeto do questionamento do Consulente, nos ateremos à estabilidade extraordinária outorgada pelo citado art. 19, do ADCT.

Com efeito, o art. 19, do ADCT, assegura a servidores nomeados sem concurso público a permanência no serviço, desde que eles possuam “cinco anos continuados” de exercício na data da promulgação da Constituição. Entende-se que esse tempo de serviço tenha sido prestado na própria pessoa jurídica com a qual o servidor tem o vínculo.

Neste sentido, encontra-se a lição do professor Diógenes Gasparini, em “Direito Administrativo”, 11^a ed., p. 214:

“(...) trata-se de exceção e, como tal, deve ser interpretada restritivamente. Assim, deve-se entender que os cinco anos a considerar são os contados de 5 de outubro de 1998 para trás e todos na mesma entidade, isto é, naquela em que a Constituição Federal, nessa data, flagrou o servidor. Não podem, portanto, para completar esse tempo, ser somados, por exemplo, dois anos prestados à União, dois prestados uma autarquia e um, o último prestado ao Município, dado que não seria, cinco anos de exercício na mesma entidade. Ademais, não seria justo, nem constitucional, que o Município, o que menos tempo teve sua disposição o servidor e, por isso, não pôde avaliar seu desempenho, fosse obrigado a tê-lo como estável. Por essa razão, os cinco anos devem ser considerados na mesma entidade, pois só assim se pode presumir sua adequação ao serviço público. De fato, quem ultrapassou esse prazo provou sua capacidade para integrar o quadro de pessoal da Administração Pública, autárquica ou fundacional pública. Nesses casos, o quinquênio serve como tempo mínimo de estágio probatório, já que o servidor não pôde demonstrar aptidão em concurso público nem teve, durante dois anos, um acompanhamento que demonstrasse estar apto para desempenhar suas atividades no serviço público.”.

Os §§ 2º e 3º, do aludido art. 19, do ADCT excluem do benefício em questão, os ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, os que a lei declare de livre exoneração, bem como os professores de nível superior.

Todavia, em que pese os servidores que preencham os requisitos dispostos acima sejam outorgados com a estabilidade no serviço público (para o rompimento do vínculo devem ser observadas as hipóteses enumeradas no §1º, do art. 41, da CF/88, estando assegurado também o direito à reintegração, à disponibilidade e ao aproveitamento), eles não possuem efetividade no cargo (não são titulares do cargo que ocupam, não integram a carreira). Para serem efetivos, devem submeter-se a previa aprovação e nomeação em concurso público.

Tanto é assim, que o §1º, do art. 19, do ADCT, assegura aos servidores beneficiados pela estabilidade constitucional, que a contagem do tempo de serviço prestado servirá como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação.

A estabilidade constitui garantia de permanência no serviço público e não no cargo público. A efetividade ocorre com a submissão a concurso público, quando aprovado e nomeado, nos termos do art. 37, II, da CF/88.

Assim, os servidores que foram admitidos antes de 05/10/1983, pelo regime celetista, e que são dotados da estabilidade aludida no art. 19, do ADCT, mas que não se submeteram a concurso público, não podem ser investidos no cargo público de provimento efetivo, mesmo após a instituição do Regime Jurídico Único (estatutário).

Isso não quer dizer que com o advento de norma local, extinguindo o regime anterior e estabelecendo o regime jurídico estatutário, o servidor estável não concursado não possa ser regido pelo regime estatutário. A eles são aplicadas as normas estatutárias e não mais as celetistas, não havendo mais a obrigação do Estado em recolher o FGTS.

Todavia, ressalte-se, mais uma vez, que o fato deles passarem à condição de estatutários, não implica na respectiva efetivação em cargos públicos, que, como destacado acima, ocorre com a aprovação e nomeação em concurso público, nos termos do art. 37, inciso II, da CF/88.

Neste sentido encontra-se o entendimento do E. Supremo Tribunal Federal, na ADIN nº 1.150-2, que declarou a inconstitucionalidade de artigo da Lei 10.098/94, do Estado do Rio Grande do Sul, que convertia o pessoal celetista para estatutário sem obediência à regra da admissão mediante concurso público:

“(...) Portanto, quis o legislador estadual submeter ao regime único dos servidores civis aqueles celetistas estabilizados, ut art. 19 do ADCT, de 1988. É certo, porém, que, mesmo estabilizados pelo art. 19 do ADCT, não podem esses servidores, que estão amparados pelo regime jurídico único dos servidores, conforme regra geral do caput do art. 276 da Lei gaúcha n.º 10.098/1994, ser providos em cargo de provimento efetivo, sem aprovação no **concurso especial de efetivação** a que se refere o parágrafo 1º do art. 19 do ADCT, ou seja, o denominado 'concurso de efetivação'. São estáveis e sujeitos ao regime estatutário, não podendo, destarte, ser dispensados, sem o procedimento para tanto, garantido ao servidor estável. Essa dificuldade bem realçada no voto do Relator decorre do art. 37, II, e do art. 19, § 1º, da Constituição. **Esses servidores não são mais celetistas, mas estatutários, embora fiquem, sem prover cargo, até o concurso de efetivação para os cargos novos resultantes da transformação a que se refere o § 2º do art. 276 em foco.** O mesmo se sucede com os extranumerários estáveis pelo art. 19 do ADCT, mas que não ingressaram por concurso público. São estáveis no serviço público estadual, mas não podem ser transpostos para os cargos aludidos, automaticamente, sem aprovação no concurso de efetivação previsto no § 1º do art. 19 do ADCT.

Não há falar aqui, em retorno à condição de celetistas e assim na obrigação do Estado a recolher o FGTS, desde janeiro de 1994, porque esses servidores estáveis, mas não efetivos, porque não provêm cargos de provimento efetivo, estão enquadrados no regime único dos servidores estaduais civis, ut art. 276, caput, que continua em vigor, eis que não impugnado na presente ação direta de inconstitucionalidade. Ao Estado, evidentemente, caberá providenciar a realização do "concurso de efetivação" desses servidores estabilizados pelo art. 19 do ADCT, que, segundo as informações, atingem o número de 37.402. Não tenho como possível deixar de afirmar, qual o faz o eminente Ministro Relator, que a cláusula da 'transposição automática', impugnada na ação, é efetivamente inconstitucional, diante das regras dos arts. 37, II, da parte permanente, e 19, § 1º, do ADCT, da Constituição de 1988. Não discute, entretanto, a ação consoante acima referi, que esses servidores continuarão, a teor do caput, do art. 276 da Lei estadual n.º 10.098/1994, no regime único dos servidores civis do Estado. Aliás, bem recorde, no sistema do anterior Estatuto dos funcionários públicos civis do Estado (Lei n.º 1751, de 1952), os extranumerários, que também não proviam cargos, estavam sujeitos ao regime estatutário.

No que respeita ao § 3º do art. 276, que cuida de celetistas, compreendo, por igual, que se impõe distinguir entre celetistas concursados e não concursados, não cabendo ter como abrangidos pela norma em apreço as funções de servidores celetistas, que não ingressaram nelas mediante concurso.(...). (ADI 1150, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, DJ 17-04-1998)." (grifos no original).

Na esteira desse entendimento, manifestou-se o C. Superior Tribunal de Justiça:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PLEITO RELATIVO AO PERÍODO DE VÍNCULO ESTATUTÁRIO COM O PODER PÚBLICO. TRANSPOSIÇÃO DE REGIMES. CELETISTA E ESTATUTÁRIO. ADIN N. 1.150/RS JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PELO STF. RECONHECIMENTO, PELO SUSCITADO, DA EXISTÊNCIA DE VÍNCULO ESTATUTÁRIO ENTRE O SERVIDOR E A ADMINISTRAÇÃO. CONFLITO CONHECIDO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL.

1. Cinge-se a controvérsia em fixar a competência para processar e julgar reclamação trabalhista proposta contra órgão da administração pública, na qual se pleiteia diferenças salariais, pagamento de gratificações e de horas extras suprimidas e os consequentes reflexos nas demais verbas trabalhistas, além do recolhimento do FGTS, sendo a reclamatória julgada parcialmente procedente.

2. O Tribunal suscitado, ao julgar o recurso ordinário, afirmou que a ADI 1.150/RS, que julgou inconstitucional a expressão "operando-se automaticamente a transposição de seus ocupantes", do § 2º do art. 276 da Lei Complementar Estadual n. 10.098/94 - que instituiu o regime jurídico único dos servidores estaduais - e deu interpretação conforme a Constituição a outros dispositivos de lei, não afastou a instituição do regime estatutário.

3. Reconheceu, ainda, que: 'a ADIN n. 1.150-2, pelo STF, apenas declarou inconstitucional a transposição automática dos servidores celetistas para os cargos de provimento efetivo, sem a realização de concurso de 'efetivação' o que não afasta a instituição do regime estatutário previsto no caput. Estes servidores, consoante referido no próprio acórdão julgador da mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade, não são mais celetistas, mas estatutários, muito embora fiquem sem prover cargo, até a realização do concurso de efetivação para os cargos novos, resultantes da transformação a que se refere o parágrafo 2º do artigo 276 em análise'.

4. Conforme entendimento firmado no âmbito desta Corte, a declaração de inconstitucionalidade da referida expressão não impediu que os servidores 'estabilizados vinculados à Consolidação das Leis do Trabalho' (caso dos autos)

também se submetesse ao regime jurídico único instituído pela lei. Precedente: CC 36.261/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Terceira Seção, DJ 22/3/2004.

5. Tendo o TRT da 4ª Região reconhecido que, a partir de 19/1/1996 houve a transposição do regime celetista ao regime jurídico único do Estado do Rio Grande do Sul, não resta dúvida estar o autor da demanda submetido ao regime estatutário, motivo pelo qual a competência para julgar os pedidos referentes ao período posterior àquela data é da Justiça comum estadual. Nesse sentido: CC 101.265/AL, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJe 1º/7/2009 e AgRg no CC 29.263/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Terceira Seção, DJ 29/3/2004.

6. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo da 3ª Vara Cível de Rio Grande - RS. (STJ-CC-115069/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJE de 18/03/2011) (grifos aditados).

Tal posicionamento vem orientando a recente jurisprudência do C. Tribunal Superior do Trabalho, conforme destacado abaixo:

“RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO ADMITIDO ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO TRANSMUDAÇÃO DE REGIME JURÍDICO CELETISTA PARA ESTATUTÁRIO. ART. 276 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 10.098/94 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. CONSTITUCIONALIDADE. POSSIBILIDADE. FGTS. DEPÓSITOS INDEVIDOS. O Tribunal Pleno do TST, em acórdão da lavra da Exma. Ministra Maria Helena Mallmann, ArgInc - 105100-93.1996.5.04.0018, rejeitou a declaração de inconstitucionalidade do *caput* do artigo 276 da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94 do Estado do Rio Grande do Sul. O exame da decisão em referência, na linha de diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal, põe em evidência a validade da mudança de regime jurídico dos então empregados públicos mencionados na referida norma, de celetista para estatutário, sem, contudo, que isso tenha ensejado o provimento automático de cargos públicos efetivos por tais servidores, pois isso somente seria possível após aprovação em concurso público, na forma do art. 37, II, da Constituição Federal. Essa diretriz jurisprudencial, portanto, reconhece a validade no enquadramento dos servidores celetistas não concursados e estáveis, nos termos do art. 19 do ADCT, no regime único dos servidores civis a que se refere o *caput* do art. 276 da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94 do Estado do Rio Grande do Sul. Assim, no caso concreto, o reclamante, admitido no regime celetista antes da Constituição Federal de 1988, sem concurso público, com o advento da referida Lei Complementar estadual, não permaneceu regido pela CLT, mas sim pelo regime estatutário dos servidores do Estado do Rio Grande do Sul. Logo, não são devidos os depósitos dos valores relativos ao FGTS, a contar de 1/1/94, data em que houve mudança de regime jurídico dos então empregados públicos. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR - 20303-26.2013.5.04.0751 Data de Julgamento: 21/02/2018, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/03/2018) (grifo original).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DAS LEIS Nºs 13.015/2014, 13.105/2015 E 13.467/2017 - DESCABIMENTO. SUPERVENIÊNCIA DE REGIME ESTATUTÁRIO EM SUBSTITUIÇÃO AO CELETISTA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO FIRMADO EM PERÍODO ANTERIOR À PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. ESTABILIDADE. ART. 19, "CAPUT", DO ADCT. APLICAÇÃO DO REGIME ESTATUTÁRIO. 1. No caso dos autos, a contratação se deu em 1.6.1983, antes do advento da Constituição

Federal de 1988, sem prévia submissão a concurso público. Assim, tem-se que a servidora era estável, nos termos do art. 19, "caput", do ADCT, pois estava em exercício, na data da promulgação da Constituição, há mais de cinco anos continuados. Esta circunstância é relevante para o deslinde da controvérsia. 2. Quanto ao tema, o Pleno deste Tribunal decidiu, com remissões ao julgamento do STF na ADI 1.150/RS, no ArgInc-105100-93.1996.5.04.0018, de relatoria da Ministra Maria Helena Mallmann, em julgamento ocorrido em 21/08/2017, que os servidores estáveis regidos pela CLT, contratados sem concurso público, ficam, com a superveniência de Lei instituindo regime jurídico único, vinculados ao regime estatutário. 3. Nesse contexto, estando a reclamante submetida, após a instituição do regime jurídico único, a relação jurídico-administrativa, sobressai, tal como consta do acórdão recorrido, a ausência de substrato jurídico para deferir o FGTS. Ressalva de ponto de vista do Relator. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (Processo: AIRR - 823-57.2017.5.13.0012 Data de Julgamento: 03/04/2019, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/04/2019.) (grifo original).

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. TRANSMUDAÇÃO DE REGIME. SERVIDOR PÚBLICO ESTÁVEL. ART. 19 DO ADCT. Agravo a que se dá provimento para examinar o agravo de instrumento em recurso de revista. Agravo provido. **PRESCRIÇÃO. FGTS.** Agravo a que se dá provimento para examinar o agravo de instrumento em recurso de revista. Agravo provido. **AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. TRANSMUDAÇÃO DE REGIME. SERVIDOR PÚBLICO ESTÁVEL. ART. 19 DO ADCT.** Em razão de provável caracterização de ofensa ao art. 19, *caput*, do ADCT, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o prosseguimento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. **PRESCRIÇÃO. FGTS.** Em razão de provável contrariedade à Súmula nº 382 desta Corte, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o prosseguimento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. **RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. TRANSMUDAÇÃO DE REGIME. SERVIDOR PÚBLICO ESTÁVEL. ART. 19 DO ADCT.** O Tribunal Pleno desta Corte, examinando controvérsia nos autos do processo nº TST-ArgInc - 105100-93.1996.5.04.0018, envolvendo a lei estadual que foi objeto de apreciação pelo STF na ADI 1.150/RS, firmou a compreensão de que nesse precedente do STF foi vedada tão somente a transposição automática dos servidores celetistas admitidos sem concurso público em cargo de provimento efetivo, sem afastar a validade da mudança do regime celetista para o estatutário. Na hipótese, a parte reclamante foi contratada pelo regime celetista em 1981, ou seja, trata-se de servidora estabilizada, na forma do precedente mencionado. Nesse contexto, em que válida a transmutação do regime do servidor celetista estabilizado, nos termos do art. 19 do ADCT, e não concursado, sobressai a competência desta Corte para a apreciação da demanda tão somente em relação ao período em que a parte reclamante fora submetida ao regime celetista, tratando-se, portanto, de competência residual da Justiça do Trabalho. Recurso de revista conhecido e provido. **PRESCRIÇÃO. FGTS.** Na presente hipótese, a transmutação do regime jurídico implicou a extinção do contrato de trabalho, incidindo a prescrição bienal a partir da mudança de regime, ou seja, do advento da Lei Municipal nº 15.335/90. Nessa diretriz é o entendimento contido na Súmula nº 382 do TST, segundo a qual "*A transferência do regime jurídico de celetista para estatutário implica extinção do contrato de trabalho, fluindo o prazo da prescrição bienal a partir da mudança de regime*". Assim, ajuizada a ação somente em 13/06/2014, deve ser declarada a prescrição total das pretensões referentes aos depósitos de FGTS. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR - 860-69.2014.5.06.0017 Data de Julgamento: 27/03/2019,

Relator Ministro: Breno Medeiros, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/03/2019) (grifos originais).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. REQUISITOS DO ARTIGO 896, § 1º-A, DA CLT, ATENDIDOS. TRANSMUDAÇÃO DE REGIME JURÍDICO. CONTRATAÇÃO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 SEM PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. VALIDADE DA INSTITUIÇÃO DO REGIME JURÍDICO ÚNICO ESTATUTÁRIO. INCOMPETÊNCIA QUANTO AO PERÍODO POSTERIOR À TRANSMUDAÇÃO DE REGIME JURÍDICO. PRESCRIÇÃO. SÚMULA 382 DO TST. Ante possível violação do art. 114, I, CF, e contrariedade à Súmula 382 do TST, nos termos exigidos no artigo 896 da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista.

RECURSO DE REVISTA. APELO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. REQUISITOS DO ARTIGO 896, § 1º-A, DA CLT, ATENDIDOS. TRANSMUDAÇÃO DE REGIME JURÍDICO. CONTRATAÇÃO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 SEM PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO (11/07/1983). VALIDADE DA INSTITUIÇÃO DO REGIME JURÍDICO ÚNICO ESTATUTÁRIO. INCOMPETÊNCIA QUANTO AO PERÍODO POSTERIOR À TRANSMUDAÇÃO DE REGIME JURÍDICO. Discute-se, nos autos, a contratação de empregado público antes da promulgação da Constituição de 1988, sob o regime celetista, e sem concurso público. Posteriormente, o reclamado instituiu regime jurídico único, conforme noticiado nos autos. A controvérsia acerca do tema em análise vinha sendo decidida por esta Corte no sentido de que a instituição de regime jurídico único não convola em vínculo estatutário, de forma automática, o contrato trabalhista anterior, sobretudo, em decorrência da ausência de concurso público. Todavia, o Tribunal Pleno, na apreciação da constitucionalidade do art. 276, *caput*, da Lei Complementar 10.098/1994 do Estado do Rio Grande do Sul, conforme incidente de inconstitucionalidade em recurso de revista (ArgInc-105100-93.1996.5.04.0018), de relatoria da Ministra Maria Helena Mallmann, em julgamento ocorrido em 21/08/2017, consagrou a tese de que não há óbice constitucional à mudança de regime dos empregados estabilizados pelo art. 19 do ADCT da CF (caso dos autos, reclamante admitido em 11/07/1983), porém tal alteração não resulta no provimento de cargos públicos efetivos por esses servidores. Pontuou ser inconstitucional, tão somente, o aproveitamento de servidores públicos não concursados em cargos para cuja investidura a Constituição exige a submissão a concurso (arts. 37, II, e 19, § 1º, do ADCT), mas não a chamada transposição de regime. Nesse contexto, a competência desta Justiça Especializada restringir-se-ia ao período anterior à transmutação. No caso dos autos, o pedido do autor refere-se ao FGTS de todo o período trabalhado, anterior e posterior à transmutação do regime que ocorreu em 27/09/1994 (Lei Estadual 6.677/94). Dessa forma, em relação ao período posterior à transmutação, verifica-se caracterizada a afronta ao artigo 114, I, da Constituição Federal, em face da incompetência material da Justiça do Trabalho. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido.

PRESCRIÇÃO BIENAL. TRANSMUDAÇÃO DE REGIME CELETISTA PARA ESTATUÁRIO. EXTINÇÃO DO CONTRATO. SÚMULA 382 DO TST. Conforme entendimento da Súmula 382 do TST, "a transferência do regime jurídico de celetista para estatutário implica em extinção do contrato de trabalho, fluindo o prazo da prescrição bienal a partir da mudança de regime". No presente caso, o prazo da prescrição começou a fluir a partir da data da vigência da Lei Estadual 6.677/94, que reconheceu o vínculo do autor como estatutário, enquanto que a presente ação foi ajuizada em 21/10/2013, portanto, após o transcurso do biênio posterior à extinção do contrato de trabalho como celetista. Desse modo, encontra-se prescrita a pretensão de recolhimento dos depósitos do FGTS anterior à referida norma. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR - 1827-48.2013.5.05.0221 Data de Julgamento: 24/04/2019, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/04/2019) (grifos adotados).

Situação diversa ocorre com os servidores que ingressaram nos quadros da Administração Pública, anterior à Constituição Federal de 1988, sem concurso público, e que não são estáveis. Nesse caso, o advento de norma local estabelecendo a transmutação do regime jurídico não tem o condão de inseri-los no âmbito estatutário, permanecendo submetidos à CLT, conforme decisões do C. TST, abaixo colacionadas:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. 1. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ALTERAÇÃO DE REGIME. SERVIDOR ADMITIDO ANTES DA CF/88, SEM CONCURSO PÚBLICO. NÃO ESTABILIZADO. O Regional consignou que a reclamante foi admitida em 23/5/1986, antes, portanto, da CF/88, sem se submeter a concurso público. Diante desse quadro, concluiu o Regional que, embora válido o contrato de trabalho, não é possível a alteração de regime jurídico sem concurso público. Além disso, por não se tratar de servidora estabilizada nos moldes do art. 19 da ADCT, permaneceu regida pela CLT mesmo após a instituição do Regime Jurídico Único. Nesse contexto, não há falar em violação do art. 114 da CF. Precedentes. **2. RECOLHIMENTO DO FGTS. PRESCRIÇÃO BIENAL. O Regional considerou inválida a alteração do regime jurídico, porquanto a reclamante não se submeteu a concurso público, requisito imprescindível para a sua inserção no regime jurídico estatutário. O referido entendimento se amolda à pacífica jurisprudência do TST,** de modo que não há de modo que não há falar em extinção do contrato de trabalho e em incidência da prescrição bienal. Ademais, o Regional observou o entendimento do Supremo Tribunal Federal (ARE 709.212/DF) e a redação da Súmula nº 362, item II, desta Corte, segundo a qual, para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 13/11/2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumir primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13/11/2014. Ilesos os arts. 7º, XXIX, e 37, II, da CF e as Súmulas nos 362 e 382 do TST. Agravo de instrumento conhecido e não provido.” (AIRR – 1788-88.2015.5.16.0008, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 24/04/2019, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/04/2019).

“RECURSO DE EMBARGOS. REGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. SERVIÇO PÚBLICO. ADMISSÃO ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 PELO REGIME DA CLT. AUSÊNCIA DE APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. SERVIDOR NÃO ESTÁVEL. TRANSPOSIÇÃO DE REGIMES. DEPÓSITOS DO FGTS.

1. O Tribunal Pleno desta Corte, nos autos da Arguição de Inconstitucionalidade nº 105100-93.1996.5.04.0018 (DEJT 18/9/2017), firmou entendimento no sentido de que aos servidores públicos admitidos anteriormente a 5/10/1983, pelo regime da CLT, e dotados da estabilidade aludida no art. 19 do ADCT, embora não admitido o provimento do cargo público, considera-se constitucional a transmutação automática para o regime estatutário. Precedentes do STF. 2. A hipótese dos autos, por outro lado, comporta distinção, por se tratar de servidora pública admitida em 1984, não detentora da estabilidade prevista no art. 19 do ADCT, e que, portanto, permaneceu regida pela CLT mesmo após a instituição do Regime Jurídico Único. 3. A eg. Sexta Turma, ao aplicar a prescrição bienal à pretensão de depósitos de FGTS, por entender que o prazo se iniciou com a vigência da Lei nº 8.112/90, considerando, ainda, indevidos os depósitos posteriores a essa data, ante a transposição da autora para o regime estatutário, contrariou, por má-aplicação, o disposto na Súmula nº 382 deste Tribunal Superior. Precedente desta Subseção. Recurso de embargos conhecido e provido.” (E-RR - 82940-85.2006.5.23.0021 Data de Julgamento: 16/08/2018, Relator Ministro: Walmir

Tais servidores continuarão regidos pelas normas celetistas e permanecerão em exercício até que, por interesse da Administração Pública, sejam desligados dos seus quadros, devendo ser observado, na oportunidade, o pagamento das parcelas rescisórias cabíveis, de acordo com a CLT, a exemplo do FGTS.

Prestados os esclarecimentos quanto ao regime jurídico a que os servidores que ingressam no serviço público antes de 05/10/1988, sem concurso público, estão submetidos, analisaremos o regime de aposentadoria aplicável a cada grupo (RGPS ou RPPS).

O instituto da aposentadoria, segundo Hely Lopes Meirelles, na obra “Direito Administrativo Brasileiro”, 24ª edição, pág. 406 (verso), “é a garantia de **inatividade remunerada** reconhecida aos servidores que já prestaram longos anos de serviço, ou se tornaram incapacitados para suas funções.”. (grifo aditado).

A Constituição Federal, no art. 40, ao prever a adoção do regime próprio para os servidores públicos efetivos dos entes federativos, enumera as seguintes espécies de aposentadoria: a) invalidez permanente, com proventos integrais ou proporcionais; b) compulsória, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar; e c) voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: 1) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher, com proventos integrais; 2) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

Paralelo ao regime próprio, a Carta Magna dispõe, no §13º, do supramencionado art. 40, que “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.”.

Ou seja, da leitura do texto constitucional, observamos que o regime próprio é da essência do servidor público efetivo, sendo que para os servidores comissionados, cargo temporário ou regidos pela CLT, há de se adotar o Regime Geral da Previdência Social (RGPS).

Portanto, a Constituição Federal é clara ao estabelecer que a participação no regime próprio de previdência é prerrogativa dos agentes públicos que, após aprovação em concurso público e nomeação para o cargo, ostenta o atributo da efetividade.

Por tal razão, **não estão incluídos no regime previsto no caput do art. 40, da CF, as pessoas contempladas pelo art. 19, do ADCT, visto que, embora, por expressa determinação constitucional, detenham estabilidade, não possuem, como já frisado neste Parecer, a necessária efetividade.**

Não é outra a orientação traçada pelo E. STF, no julgamento da ADI nº 5.111/RR, Relator: Ministro Dias Toffoli, Data de Julgamento: 20/09/2018:

Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafo único do art. 28 da Resolução nº 49, de 27/12/05, da Assembleia Legislativa do Estado de Roraima. Exaurimento da eficácia. Prejudicialidade. Artigo 3º, inciso I, parte final, da Lei Complementar nº 54, de 31/12/01, do Estado de Roraima, com a redação conferida pela Lei Complementar nº 138, de 26/6/08. Violação do art. 40 da Constituição Federal. Norma de absorção obrigatória pela legislação infraconstitucional. Modulação dos efeitos. Procedência parcial.

1. Com a edição da Resolução nº 3/2015 da Assembleia Legislativa do Estado de Roraima, ocorreu o esvaziamento da eficácia do parágrafo único do art. 28 da Resolução nº 49/2005 do mesmo órgão. Nesses casos, tem decidido o Supremo Tribunal Federal pela extinção anômala do processo de controle normativo abstrato, motivada pela perda superveniente de seu objeto, que tanto pode decorrer da revogação pura e simples do ato impugnado como do exaurimento de sua eficácia. Precedentes: ADI nº 2859/DF, de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe de 21/10/16; ADI nº 4365/DF, de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe de 8/5/15; ADI nº 1.979/SC-MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 29/9/06; ADI nº 885/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, DJe de 31/8/01.

2. O art. 3º, inciso I, parte final, da Lei Complementar nº 54, de 31/12/01, do Estado de Roraima, com a redação conferida pela Lei Complementar nº 138, de 26/6/08, promove ampliação do rol previsto no art. 40 da Constituição Federal ao determinar que estão incluídos no regime próprio de previdência também os “servidores declarados estáveis, nos termos da Constituição estadual”, expressão que acaba por abranger servidores estabilizados, embora não efetivos, de que trata o art. 19 do ADCT. Portanto, o preceito em tela viola o art. 40 da Constituição Federal, norma de absorção obrigatória pela legislação infraconstitucional, consoante jurisprudência da Suprema Corte. Precedentes: ADI nº 101/MG, Relator

o Min. Celio Borja, Rel. p/ o ac.Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ de 7/5/93; ADI nº 178/RS, Rel.Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ de 26/4/96; ADI nº 369/AC, Rel.Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ de 12/3/99.(...)" (destaques no original).

Logo, os servidores que ingressaram antes de 05/10/1988 na Administração Pública, sem concurso, estáveis, em que pese possam ser abarcados pelas normas estatutárias, não podem ser filiados ao Regime Próprio de Previdência Social, haja vista não serem detentores da efetividade exigida no art. 40, da CF/88.

Nesta senda, conclui-se que tais servidores, assim como os não estáveis e os ocupantes de cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração, filiam-se ao Regime Geral da Previdência Social.

Fixadas tais premissas, é cediço que a aposentadoria do servidor público regido pela CLT não é causa de rescisão do contrato de trabalho, ou seja, **não há vedação para que um empregado público, ao se aposentar, continue exercendo suas funções na ativa, acumulando salário com a aposentadoria, já que esta é custeada com recursos oriundos do Regime Geral da Previdência Social.**

Isto porque, conforme a jurisprudência pacificada dos Tribunais Superiores, em particular, do C. STF, a aposentadoria do servidor público regido pela CLT não é causa de rescisão do contrato de trabalho, ou seja, **não há vedação para que um empregado público, ao se aposentar, continue exercendo suas funções na ativa, acumulando salário com a aposentadoria, já que esta é custeada com recursos oriundos do Regime Geral da Previdência Social.**

Neste sentido, segue a decisão proferida pela Suprema Corte, nos autos do RE 449.420-5, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, publicada em 16/08/2005:

"Previdência social: aposentadoria espontânea não implica, por si só, extinção do contrato de trabalho.

1. Despedida arbitrária ou sem justa causa (CF, art. 7º,I): viola a garantia constitucional o acórdão que, partindo de premissa derivada de interpretação conferida ao art. 453, caput, da CLT (redação alterada pela L. 6.204/75), decide que a aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, mesmo quando o empregado continua a trabalhar na empresa após a concessão do benefício previdenciário.

2. A aposentadoria espontânea pode ou não ser acompanhada do afastamento do empregado de seu trabalho: só há readmissão quando o trabalhador aposentado

tiver encerrado a relação de trabalho e posteriormente iniciado outra; caso haja continuidade do trabalho, mesmo após a aposentadoria espontânea, não se pode falar em extinção do contrato de trabalho e, portanto, em readmissão.3. Precedentes (ADIn 1.721-MC, Ilmar Galvão, RTJ 186/3; ADIn 1.770, Moreira Alves, RTJ 168/128).”

O servidor público estatutário, por sua vez, por não estar vinculado à Administração Pública mediante um contrato de trabalho, mas sim, por uma relação institucional que surge com o ato de nomeação e, posterior posse no cargo (com prévia aprovação em concurso público), quando aposenta, desliga-se do serviço público, ocorrendo a vacância do cargo anteriormente ocupado.

No que se refere à vacância do cargo público, esclarecemos que ela pode ocorrer por vários motivos, dentre eles, a aposentadoria, sendo que o seu acontecimento acarreta a extinção da relação estatutária vigente entre o servidor e o Ente Público.

Os Estatutos de cada Ente da Federação preveem que a aposentadoria é uma das causas de vacância, como ocorre com o art. 33, inciso VII, do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais (Lei nº 8112/90) e, art. 44, inciso III, do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado da Bahia Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais.

A Constituição Federal, no art. 37, §10º veda a acumulação de proventos de aposentadoria de servidor público ou militar com qualquer remuneração de cargo, emprego ou função da ativa, mas não proíbe a percepção cumulativa desta remuneração com a aposentadoria de empregados públicos celetistas, uma vez que esta aposentadoria é paga pelo Regime Geral da Previdência Social.

O motivo disso é que a aposentadoria de servidores estatutários, como ressaltado acima, gera a vacância do cargo, nos termos dos seus estatutos, mas o mesmo não ocorre na legislação trabalhista, uma vez que a aposentadoria de empregados celetistas (aí alcançando os empregados públicos) não extingue o contrato de trabalho, razão pela qual eles podem continuar trabalhando e sendo remunerados por sua empresa estatal ao mesmo tempo que recebem a aposentadoria paga pelo RGPS.

Dito isso, passa-se, neste ponto, a abordar a questão dos servidores públicos estabilizados (ar. 19, ADCT), que, por força do advento de lei local instituindo o regime jurídico único (estatutário), deixaram de ser celetista, porém, por não serem efetivos, não se filiam a eventual regime próprio existente no âmbito do Ente Federativo.

Neste caso, embora não ostentem o status de servidores efetivos, assim como acontece com esses, por estarem também submetidos a estatuto próprio, a inatividade implica na vacância do cargo público regido pelo sistema estatutário do regime jurídico único (normas próprias do ente em relação à vinculação dos servidores ao Poder Público), ainda que o servidor esteja vinculado ao Regime Geral da Previdência Social, pois, a aposentadoria no regime estatutário importa na desvinculação automática do cargo anteriormente ocupado, deixando o seu ocupante de perceber vencimentos (decorrentes do cargo) para perceber proventos (decorrente da inativação).

Como se vê, a aposentadoria do servidor efetivo ocupante de cargo público implica na cessação do exercício de funções e atividades no ente, vedada a continuidade no serviço público, salvo em cargo em comissão ou em decorrência de novo provimento por concurso, observadas as possibilidades de acumulação legal de cargos (art. 37, §10º, da CF/88).

Assim, o provimento de cargo efetivo vago em decorrência de aposentadoria do seu ocupante estabilizado nos termos do art. 19, do ADCT, depende de prévia realização de concurso público, nos termos do quanto disposto no inciso II, do art. 37, da CF/88. Logo, a continuidade no serviço público de servidores aposentados, antigos ocupantes de cargos regidos pelo sistema estatutário, caracteriza situação irregular, não permitindo nova aposentadoria paga pelos cofres públicos, ainda que proporcional, nem cabe indenização no desligamento desse pessoal, salvo o pagamento pelos serviços prestados até o desligamento de acordo com a remuneração que vinha percebendo.

Desta forma, compete ao titular do Poder promover o desligamento de pessoal irregular, mediante ato motivado, recomendando-se a realização de processo administrativo, no

qual, será proporcionado aos envolvidos a oportunidade do exercício do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da CF/88).

Diante de tudo o quanto exposto, conclui-se o seguinte:

1) os servidores que foram admitidos antes de 05/10/1983, pelo regime celetista, e que são dotados da estabilidade aludida no art. 19, do ADCT, mas que não se submeteram a concurso público, não podem ser investidos no cargo público de provimento efetivo, mesmo após a instituição do Regime Jurídico Único (estatutário). Todavia, com o advento de norma local, extinguindo o regime anterior e estabelecendo o regime jurídico estatutário, a esse servidor estável são aplicadas as normas estatutárias e não mais as celetistas, não havendo mais a obrigação do Estado em recolher o FGTS. Sendo estatutários, a aposentadoria representa a vacância do cargo anteriormente ocupado, embora por força do quanto disposto no art. 40, da CF, filiem-se ao RGPS.

2) os servidores que ingressaram nos quadros da Administração Pública, em data anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, sem concurso público, e que não são estáveis, permanecem vinculados ao Estado mediante contrato de trabalho, regido pelas normas da CLT, subsistindo a obrigação de realização dos depósitos do FGTS, por exemplo. Tal como os ocupantes de cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração, filiam-se ao Regime Geral da Previdência Social, sendo que as respectivas aposentadorias não implicam na rescisão dos contratos de trabalho, ou seja, não há vedação para que um empregado público, ao se aposentar, continue exercendo suas funções na ativa, acumulando salário com a aposentadoria, já que esta é custeada com recursos oriundos do Regime Geral da Previdência Social.

É o parecer.

Salvador, 27 de junho de 2019.

Flávia Lima de Queiroz
Chefe da DACJ