

**Procedência:** Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão

**Interessado:** DER – Departamento de Estradas e Rodagem do Estado de Minas Gerais

**Número:** 14.628

**Data:** 20 de março de 2006

**Ementa:**

DER. EMPREGADOS CELETISTAS. DECRETO ESTADUAL Nº 22.665/83. EFETIVIDADE. PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. PONDERAÇÃO EM FACE DA JURIDICIDADE, MORALIDADE E SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. DECADÊNCIA. IRRETROATIVIDADE DA LEI ESTADUAL Nº 14.184/2002. APOSTILAMENTO. REQUISITOS.

## **Relatório**

O Assessor-Chefe da Secretaria de Planejamento e Gestão submete ao exame da Advocacia Geral do Estado a consulta formulada pelo ilustre Secretário de Estado de Transporte e Obras a respeito da efetivação de cerca de 6.000 (seis mil) servidores do Departamento de Estradas e Rodagem do Estado de Minas Gerais.

O ilustre Diretor Geral do DER/MG em Ofício encaminhado ao referido Secretário de Transporte e Obras (DG-3250/2005) pleiteia a reconsideração do não reconhecimento da efetividade dos ex-celetistas daquela autarquia outorgada pelo Decreto nº 22.665, de 14.01.83. Assevera que “a transição de regime jurídico obedeceu à legislação em vigor à época, que antecede a Constituição Federal de 1988 e a legislação do Regime Jurídico Único de 1990”, tratando-se de direito adquirido e de arguição já prescrita há 22 (vinte e dois) anos, donde conclui cabível o reconhecimento do direito ao apostilamento na espécie.

Denota-se que o Parecer SEPLAG/AJA nº 2085/05 entendeu ser o título declaratório assegurado exclusivamente ao servidor efetivo, o que apenas ocorre com relação a cargos de provimento por concurso, situação em que não se enquadram os ex-celetistas do DER, mesmo se transpostos ao regime estatutário em 1983 e submetidos a concurso em 1997. Opina, ainda, no sentido de que o quinquênio somente incidirá sobre o vencimento básico do cargo, devendo-se observar os termos da Lei Estadual nº 14.184, de 2002, relativamente aos servidores que tiveram os seus títulos apostilatórios publicados há mais de 5 (cinco) anos ou que perceberam a primeira parcela, em face de “apostilamento tácito”, em período superior àquele prazo.

É o breve relatório. Passa-se a opinar.

## **Parecer**

Resulta claro que o cerne da presente questão refere-se à possibilidade de se deferir, ou não, em face do ordenamento de regência, apostilamento aos servidores do DER que, originariamente celetistas, teriam sido efetivados pelo Decreto Estadual nº 22.665/83.

### ***1. Do regime jurídico de pessoal da Administração Pública***

Especificamente no tocante ao regime de pessoal dos servidores estaduais da Administração Direta e autárquica, cumpre explicitar que o quadro de pessoal a quem é lícito exercer as competências administrativas sujeita-se a um dos seguintes três regimes jurídicos: regime estatutário; regime de emprego público e o regime especial. Anteriormente à Constituição de 1988 referidos regimes conviviam simultaneamente, ensejando o estabelecimento de vínculos de natureza diversa entre servidores que muitas vezes exerciam as mesmas atribuições.

Não obstante a profusão de regimes jurídicos então utilizados pelo Estado para se vincular aos seus servidores, alguns aspectos basilares caracterizavam cada um dos regimes desde antes da Constituição de 1988. No regime estatutário, encontravam-se (e ainda se encontram) os servidores providos em cargos efetivos e aqueles providos em cargos comissionados. Os empregados públicos submetiam-se ao regime de emprego e os detentores de função pública ao regime especial.

O regime estatutário consiste em um conjunto de regras estabelecidas em lei que fixa os direitos e obrigações dos servidores efetivos e comissionados, sujeitando-se a modificações unilaterais pelo ente da federação, pelo que exsurge manifesta a sua natureza não contratual. Antes da Constituição de 1988 exigia-se que a primeira investidura em cargos públicos fosse precedida por concurso, ressalvados os cargos em comissão.

O regime de emprego público que, após 1988, regulamenta as relações das empresas públicas e sociedades de economia mista com seus empregados e, depois supressão da exigência do regime jurídico único pela EC 19/98, pode incidir relativamente à Administração Direta, autárquica e fundacional (se o respectivo ente da federação, por lei específica, adotá-lo, para as atividades materiais, subalternas ou operacionais), antes da CR/88 era utilizado livremente pelo Poder Público, sem que a Constituição de 1967 sequer exigisse a prévia aprovação em concurso público para celebração dos respectivos contratos. A seleção do funcionário era livre e a disciplina decorria da CLT e demais normas de Direito do Trabalho editadas pela União Federal.

O regime especial, por sua vez, visa disciplinar uma categoria específica de servidores, qual seja, a dos detentores de função pública, sendo despendidas maiores considerações em face dos limites da presente consulta delineados “in retro”.

A propósito da distinção entre servidores estatutários providos em cargos públicos e os celetistas, é mister assentar que, inclusive antes da CR/88, cargo público define-se como o conjunto de atribuições instituído por lei na organização do serviço público, com denominação, funções e responsabilidades específicas, bem como remuneração correspondente, para ser exercido pelo titular, se efetivo, após regular aprovação em concurso público. Empregado público é a pessoa física que desempenha a função em entidade ou órgão estatal, submetendo-se ao regime de direito do trabalho.

Em se considerando que os cargos públicos são criados por lei, dotados intrinsecamente da idéia de permanência no seu exercício, clara é a diversidade do regime jurídico daqueles que o exercem em relação àqueles que foram contratados pelo regime da CLT. Não é cabível ignorar que os celetistas, antes de 1988, submetiam-se à possibilidade de demissão justa causa, o que viabilizava que o seu vínculo contratual fosse rescindido a

qualquer momento pelo Estado. Os servidores providos em cargos efetivos não. Em relação a estes a Constituição de 1967 já assegurava a estabilidade, cumpridos determinados pressupostos normativos.

Outrossim, ensina o administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Os cargos de provimento efetivo são os predispostos a receberem ocupantes em caráter definitivo, isto é, com fixidez. Constituem-se na torrencial maioria dos cargos públicos e são providos por concurso público de provas ou de provas e títulos.” (“Curso de Direito Administrativo”, 12ª edição, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 270).

A efetividade, antes e depois de 1988, é a situação jurídica daqueles servidores que titularizam cargos efetivos cujo provimento condiciona-se à prévia aprovação em concurso público. A diversidade fundamental da Constituição de 1967 em relação à Constituição de 1988 no tocante à exigência de concurso público para cargos foi a exclusão do vocábulo “primeira” antes da palavra “investidura” pela CR/88, o que nenhuma repercussão jurídica implica na espécie. Isto porque tal exclusão significaria tão-somente legitimidade das formas de provimento derivado à luz da Constituição de 1967 e caracterizaria inconstitucionalidade de tais formas de provimento derivado sob a égide do texto magno de 1988, salvo as próprias exceções constitucionais. Contudo, a absorção de celetistas como servidores efetivos providos em cargos públicos não consiste forma de provimento derivado, banido apenas em 1988 com a atual redação do artigo 37, II. Ao contrário, a transmutação de celetistas vinculados a empregos públicos em estatutários providos em cargos efetivos consubstancia, em qualquer época, provimento originário, porquanto antes da referida “absorção” não se identifica qualquer vínculo dos celetistas em relação a cargo público estadual. E é certo que o provimento originário em cargo público, tanto na Constituição de 1967, quanto na Constituição de 1988, condiciona-se à prévia aprovação em concurso público, motivo por que é inconstitucional, em qualquer época, a “absorção”, “enquadramento” ou “transposição” do regime celetista para o regime estatutário por lei ou decreto contrário à Lei Maior.

Como elucidou o parecer SEPLAG/AJA N° 2085/99, os institutos da estabilidade e efetividade não se confundem, pois enquanto esta é atributo do cargo, designando o funcionário a partir do instante da nomeação subsequente à aprovação no concurso, a estabilidade é aderência no serviço público, depois de preenchidas determinadas condições fixadas em lei, e adquirida pelo decurso de tempo.

Referida lição doutrinária encontra-se fartamente consagrada na jurisprudência dos Tribunais Superiores, a qual reafirma que “a efetividade somente se adquire mediante aprovação em concurso público” (RE n° 181.883-CE, rel. Min. Maurício Correa, 2ª Turma do STF, DJU de 27.02.98, p. 18), sendo certo que efetividade não pode ser atribuída por lei (ADI n° 2.433-RN, rel. Ministro Maurício Corrêa, Informativo 238 STF), muito menos por Decreto, porquanto se obtém mediante aprovação em concurso público (Apelação Cível n° 1998.01.00.048843-7, rel. Juiz João Carlos Mayer Soares, 1ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região, DJU de 10.04.2003, p. 66). No mesmo sentido, confira-se: ROMS n° 14.806-RO, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma do STJ, DJU de 02.08.2004, p. 421; ADI 106-RO, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, 10.10.2002, Informativo 285 do STF e ADI 1.573-SC, rel. Min. Sydney Sanches, Plenário do STF, Informativo n° 297 do STF.

Por conseguinte, mesmo os empregados públicos que tenham obtido o benefício da estabilidade excepcional não fazem jus a direitos outorgados aos servidores estatutários providos em cargos efetivos, uma vez que o benefício do artigo 19 do ADCT é insuficiente para alteração do regime jurídico que lhes é aplicável, consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“Estabilidade no Serviço Público: O Tribunal julgou procedente o pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul para declarar a inconstitucionalidade do art. 5º e parágrafo único do ADCT da Constituição do mesmo Estado, que asseguravam, aos servidores estabilizados nos termos do art. 19 do ADCT da CF/88, as vantagens e deveres dos servidores públicos estatutários. O Tribunal, confirmando a medida liminar, reconheceu a inconstitucionalidade da norma impugnada pela circunstância de que esta transformava os servidores

estabilizados em estatutários.” (ADI 180-RS, rel. Min. Nelson Jobim, julgada em 03.04.2003, Pleno do STF, Informativos 303 e 319 do STF)

Nesse contexto, tem-se como irrelevante tratar-se de servidor celetista que tenha obtido o benefício da estabilidade excepcional, uma vez que já decidiu o pleno do STF que “A estabilidade prevista no artigo 19 do ADCT não garante ao servidor a permanência em cargo diverso daquele em que ingressou no serviço público, tampouco lhe assegura a efetivação, sem aprovação em concurso” (RE nº 157.214-PA, rel. Min. Francisco Rezek, 2ª Turma do STF, DJU de 20.06.97, p. 28.485).

Nenhuma dúvida remanesce, assim, quanto à inocuidade, para fins de enquadramento em regime jurídico, da eventual estabilidade excepcional obtida por celetistas à época da Constituição de 1988, porquanto referida garantia excepcional afigura-se insuficiente para alterar o regime jurídico que os vincula à autarquia.

## ***2. Do exame de constitucionalidade do Decreto nº 22.665/83***

Nesse contexto, a fim de determinar o regime jurídico dos servidores da autarquia rodoviária, é mister analisar os termos do Decreto nº Estadual 22.665 de 14.01.83 que teria outorgado efetividade aos celetistas do DER/MG. O artigo 1º do referido Decreto deu nova redação ao Decreto Estadual nº 17.003/75, em especial seu artigo 3º:

“Art. 3º - Para efeito deste Decreto: (...)

III – cargo é a quantidade de trabalho de uma classe especificada que pode ser executada por um servidor;

(...)

V – servidor é toda pessoa física que presta serviços remunerados não eventuais ao Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais, sob dependência deste;”.

O Anexo I do referido diploma regulamentar estabelece um quadro específico de provimento efetivo e a nova redação atribuída ao artigo 9º do Decreto Estadual nº 17.003/75 pelo mencionado Decreto Estadual nº 22.665/83, após prever a seleção competitiva interna que poderia se submeter qualquer servidor do Quadro Permanente do DER fixou, no § 3º:

“O regime jurídico a que se submete o servidor provido na condição de que trata este artigo é o indicado no Anexo I, para a classe que pertence o novo cargo, operando-se a desvinculação do regime anterior, quando de natureza diversa.”

Ademais, estabeleceram os artigos 2º e 3º do Decreto nº Estadual 22.665/83:

“Art. 2º - O número de cargos constante do Anexo I corresponde ao número total de cargos do Departamento de Estradas de Rodagem do estado de Minas Gerais, sob os regimes estatutário e trabalhista.

Art. 3º - O provimento inicial dar-se-á no cargo da classe e no símbolo inicial da respectiva faixa de vencimento.

§ 1º - O provimento inicial se verifica quando da nomeação para o cargo do Quadro Permanente de Cargos e Funções do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais, após habilitação em concurso público.”

Cumprindo observar ser inadmissível afirmar que as normas do referido Decreto outorgaram, de forma automática, efetividade à totalidade dos antigos celetistas do DER. Em primeiro plano, inclusive antes de 1988, integrava a Constituição, de modo expresso, o princípio da legalidade, bem como o da independência e harmonia dos poderes, ao que se acresce a reserva legal como norma principiológica deduzida do texto constitucional. Assim sendo, não poderia um Decreto, ato regulamentar do chefe do Executivo, alterar diretamente regimes jurídicos previstos em lei, com os requisitos necessários à submissão dos agentes às suas regras igualmente estabelecidos em diplomas legais.

Outrossim, s.m.j., vislumbra-se nos dispositivos citados a previsão de submissão dos servidores à prévia aprovação em concurso público antes da sua vinculação aos cargos efetivos previstos no Anexo I do Decreto Estadual nº 22.665/83 e do conseqüente enquadramento no regime estatutário.

Assim sendo, se os servidores do DER que eram celetistas antes do Decreto Estadual nº 22.665/83 submeteram-se posteriormente a concurso público, atendendo aos ditames da Constituição em vigor, certo é que, após a sua aprovação no certame seletivo, passaram a integrar o regime estatutário, sendo possível lhes deferir as vantagens previstas neste conjunto de normas administrativas. Caso contrário, tem-se como inconstitucional qualquer “absorção” automática levada a efeito, sendo necessário registrar a inadmissibilidade de “concurso interno” ante os expressos termos da Constituição de 1988.

Consoante já se ressaltou, a Constituição de 1967 e a de 1988 exigiram prévia aprovação em concurso público para a primeira investidura em cargo público, que é exatamente o que ocorre quando um celetista passa a exercer, pela primeira vez, cargo de provimento efetivo (forma de provimento originário).

Os Tribunais, em diversas oportunidades, têm afastado a vigência de dispositivos das Constituições Estaduais e das Leis Orgânicas Municipais que ampliaram a estabilidade excepcional conferida pela Carta da República, impedindo, inclusive, que a efetividade seja outorgada após “certame seletivo interno”. Isto porque está o legislador limitado à ordem constitucional vigente, devendo obedecer aos princípios e regras preestabelecidos na Constituição da República. Este diploma é a Lei Maior do País, com a qual todas as demais devem estar em harmonia, pena de inconstitucionalidade.

Não se ignore que o provimento de cargo efetivo dar-se-á mediante aprovação prévia em concurso público, em que devem ser estabelecidos critérios objetivos, visando, assim, a proteger a moralidade administrativa, ao evitar-se a concessão de privilégios a alguns agentes, em detrimento de outros. A finalidade do concurso é viabilizar que, em cada caso, se perquiram os requisitos normativos do ordenamento fixados de acordo com a natureza e complexidade da função a ser exercida, atendidos os princípios constitucionais de regência. Não podem ser privilegiados antigos celetistas pelos simples fato de já terem firmado contrato com o Estado ou uma das suas autarquias, principalmente se tal vínculo se deu livremente, sem a necessidade de realização de certame seletivo. É imperioso oferecer igual oportunidade de acesso a todos os eventuais interessados que demonstrem a aptidão necessária para o exercício de cargos efetivos,



garantindo-se, presumivelmente, nos específicos concursos públicos, a admissão do melhor servidor para o exercício das novas funções.

A constitucionalista Cármem Lúcia Antunes Rocha elucida:

“Prevalece, assim, a vedação de ingresso em dada carreira sem aprovação prévia em concurso público prestado para o cargo inicial de carreira específica, não sendo possível a sua aceitação para qualquer cargo ou emprego público e, posteriormente, o seu aproveitamento como condição para ingressar em cargo ou emprego de carreira para a qual não se tenha aprovado o candidato especificamente.” (“Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos”, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 205)

De fato, a Constituição é taxativa, não se admitindo outra forma regular de investidura em cargo ou emprego público que não por meio de concurso público. Não se admite a outorga por norma legal, regularmentar ou inserida na Constituição Estadual do atributo da efetivação, nem mesmo aos beneficiários da estabilidade excepcional, consoante vem decidindo o STF (RE nº 148.113-PA, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 01.12.95, p. 41.687). No julgamento da ADIN nº 88-8 o Supremo Tribunal Federal decidiu:

“O inciso I do artigo 30 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado de Minas Gerais é inconstitucional por haver ampliado o disposto no caput do artigo 19 do ADCT da Constituição Federal que só concede a estabilidade excepcional aos servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas.

- O mesmo, porém não ocorre com o inciso II desse mesmo artigo.

- A inconstitucionalidade do caput e do parágrafo único do artigo 31 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado de Minas Gerais por ofensa ao princípio constitucional da necessidade de concurso

público de provas ou de provas e de títulos para a investidura em cargo público, sem discriminação”.

Destarte, pretender assegurar a antigo servidor celetista, não aprovado em regular concurso público para provimento de cargo efetivo, as vantagens e as concessões inerentes ao exercício do referido cargo efetivo, implica patente contrariedade ao texto constitucional. Isto, seja em razão do provimento direto de cargos pelos empregados públicos submetidos ao regime da CLT, seja em razão do vício material de estender a estabilidade àqueles que não preenchem outros requisitos constitucionais como a investidura em concurso público.

Confira-se, a propósito, jurisprudência do STF:

“ADIN – CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – (ADCT. ARTS. 69 E 74) – PROVIMENTO DERIVADO DE CARGOS PÚBLICOS (TRANSFERÊNCIA E TRANSFORMAÇÃO DE CARGOS) – OFENSA AO POSTULADO DO CONCURSO PÚBLICO – USURPAÇÃO DE INICIATIVA CONSTITUCIONALMENTE RESERVADO AO CHEFE DO EXECUTIVO – PROCEDÊNCIA DA AÇÃO” (ADI nº 248-RJ, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 08.04.94). No mesmo sentido: ADINMC nº 1.350, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 06.09.96 e ADINMC nº 1.251, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 22.09.95.

Assim sendo, qualquer situação de servidor do DER que extrapole normas constitucionais e hierarquicamente superiores merece repúdio imediato no controle de sua legalidade. Somente seria legítima a inserção no regime estatutário após o cumprimento do procedimento preliminar instituído na Constituição, a saber, a prévia aprovação em concurso público, antes ou depois de 1988. Tal exigência impede a admissão indiscriminada de pessoal, em detrimento do funcionalismo público.

Caso o servidor não atenda tal pressuposto e permaneça sob a égide do regime trabalhista, não faz jus aos direitos exclusivos dos servidores estatutários providos em cargos efetivos. Afinal, não há dúvida da inconstitucionalidade da atribuição automática, por Decreto, de efetividade

aos servidores celetistas, sendo este o posicionamento jurisprudencial atual dos Tribunais:

“A efetividade somente é atribuída por meio de concurso público, afastando portanto, a incidência da Emenda Constitucional nº 49/01, a qual, aliás, está sendo questionada perante o Supremo Tribunal Federal, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2578-3, o que, por si só, desaconselha a sua aplicabilidade em casos concretos.

Por ser oportuno, cumpre esclarecer que já existem decisões do Pretório Excelso nesse sentido, nas ADINS nºs 495/PI, 402/DF, 2433/RN, que declararam a inconstitucionalidade das leis que dispõem sobre efetivação de funcionários públicos sem concurso, em ofensa ao disposto no art. 37, II da CF.

Ao criar uma nova forma de investidura em cargos públicos, promovendo a efetivação de servidores que ingressaram no serviço público por meio outro, que não a regular aprovação em concurso público, estar-se-ia burlando não apenas a norma inserta na Lei Maior (art. 37, II, CF/88), como também os ditames da própria Constituição do Estado de Minas Gerais (art. 21, § 1º) pelo que, realmente, nenhum servidor, muito menos o apelante poderia ser beneficiado pelos efeitos da aludida Emenda 49/01.

O recorrente, desempenha, na realidade, função pública em cargo comissionado, a título precário, razão pela qual está automaticamente excluído da incidência da Lei 9.532/87 que, no parágrafo único do art. 1º, faz expressa menção aos detentores de cargo efetivo como destinatários do benefício do apostilamento.” (Apelação Cível nº 1.0024.03.941.041-0/001, rel. Des. Schalcher Ventura, 3ª Câmara Cível do TJMG, DJMG de 20.05.2005).

Excluídos os benefícios da efetividade, admitir o apostilamento em favor dos celetistas seria contrariar o ordenamento, em especial os princípios constitucionais do artigo 37, “caput” da CR/88, conforme

advertência do Desembargador Gouvêa Rios do TJMG em hipótese semelhante:

“Ainda que assim não fosse, como já se demonstrou, conforme disposto no art. 37 da Constituição Federal, ressalvadas as exceções previstas na mesma norma, claramente se percebe que ao estabelecer a exigência de aprovação em concurso público como forma de ingresso nos cargos públicos, o legislador, na verdade, procurou assegurar os princípios da isonomia e da impessoalidade, resguardando a Administração Pública para que seus quadros funcionais sejam preenchidos por candidatos capacitados para melhor desempenhar as atividades inerentes ao cargo.

Acolher a pretensão deduzida pela Apelante seria, na realidade, estender direitos e vantagens do cargo de provimento efetivo aos detentores de função pública, o que representa verdadeira efetivação anômala, fulminando de morte o disposto na norma constitucional – art. 37 da CF – já mencionada”. (Apelação Cível nº 1.0024.03.150082-0/001, rel. Des. Gouvêa Rios, 1ª Câmara Cível do TJMG, DJMG de 20.05.2005).

### ***3) Da legitimidade do controle de juridicidade e da ausência de decadência na espécie***

O Estado e todas as pessoas jurídicas que auxiliam o cumprimento das competências públicas, inclusive entidades da Administração Indireta, devem pautar sua atuação pelos referenciais da legitimidade e juridicidade, sendo o controle da observância do ordenamento jurídico, da moral administrativa e do interesse público indispensável ao Estado que se pretende Democrático de Direito.

Prelecionando a necessidade de controle de qualquer entidade que se relaciona com o Poder Público, tem-se Marienhoff: “Em toda organização administrativa deve existir um sistema de controles ou de meios de fiscalização da atividade da Administração Pública e daqueles que tratam com ela. Esse sistema tende a constituir um conjunto de garantias de legitimidade e de oportunidade na atividade administrativa, ao mesmo tempo

em que lograr a eficiência e a moralidade dentro da Administração.” (“Tratado de Derecho administrativo”, p. 595-596.)

O fato de se tratar de pessoa integrante da Administração Indireta não afasta os mecanismos de controle previstos na ordem jurídica, mormente em se considerando entidades encarregadas de atuar em setores basilares como é o caso do DER. Segundo José dos Santos Carvalho Filho, “(...) o sucesso do empreendimento depende de fator que, segundo temos observado, tem estado ausente ou deficiente nas atribuições do Poder Público, qual seja, o da fiscalização das entidades e do cumprimento dos seus objetivos. Sem fiscalização, é fácil vislumbrar situações de descalabro administrativo, de desfiguração dos objetivos e, o que é pior, de crimes financeiros contra o governo.” (Manual de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Lumen Juris, p. 275).

No exercício do controle, essencial inclusive à concretização da eficácia administrativa, é necessário render-se à obrigatoriedade da invalidação do ato cujo vício é insanável. Com efeito, a extinção mediante a invalidação é obrigatória sempre que o ato não comporte convalidação do vício existente. A invalidação configura verdadeiro dever e não mera faculdade da Administração Pública, consoante já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“A revisão de ato praticado fora dos ditames legais não constitui mera faculdade, é um poder-dever que pode ser exercitado de ofício pela própria Administração, conforme o estabelecido no enunciado da Súmula n.º 473 da Suprema Corte.” (REsp nº 65.039-DF, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma do STJ, DJU de 17.11.2003, p. 353).

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. ART. 49 DA LEI 8.666/93.

1. A Administração Pública constatando vícios de qualquer natureza em procedimento licitatório tem o dever de anulá-lo, em homenagem aos princípios da legalidade da moralidade e da impessoalidade.

2. Maçal Justen: “Revelado o vício de nulidade, o ato administrativo deve ser desfeito. Tratando-se de anulação, o obrigatório desfazimento não pode ser

impedido por direito adquirido. Como se reconhece de modo pacífico, ato administrativo inválido não gera direito adquirido". (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 6ª ed. Dialética, pp. 465/467).

3. Recurso improvido." (REsp 686.220-RS, rel. Min. José Delgado, 1ª Turma do STJ, DJU de 04.04.2005)

Especialmente quando constatada a inconstitucionalidade do ato administrativo, a irregularidade deve logicamente ser sanada com a sua extinção. Com esteio nas afrontas à ordem jurídica, são impertinentes quaisquer alegações a respeito de direito adquirido o ato jurídico perfeito, como bem leciona Marcílio Toscano Franca Filho:

“Um ato nulo não é apto a produzir direito adquirido nem não adquirido. O STF já se pronunciou a esse respeito em diversas ocasiões. Vejamos:

‘Ato jurídico perfeito – Direito adquirido – Constituição Federal. A existência de ato jurídico perfeito, a desaguar em direito adquirido, pressupõe a formalização em harmonia com a ordem jurídica constitucional’ (STF – 2ª T – AgRag 155772/SP – rel. Min. Marco Aurélio – DJ 27.05.1994, p. 13.177).

‘Mandado de segurança. Magistrado do Distrito Federal. Decisão do Tribunal de Constas da União que, no processo de sua aposentadoria, excluiu, do cálculo dos proventos, o tempo de serviço prestado a entidade particular e a vantagem prevista no art. 184, II, da Lei 1.7111/52. Inexistindo lei autorizadora de contagem de tempo de serviço em atividade particular, para efeito do cálculo de adicional por tempo de serviço, não há falar-se em direito adquirido ao cômputo da aludida vantagem nos proventos de aposentadoria. O deferimento dos adicionais, na atividade, *foi ato nulo, insuscetível de gerar direito*’ (STF – Pleno – MS 21722/DF – rel. Min. Ilmar Galvão – DJ 18.03.1994, p. 5.151).

Destarte, tismado que estava do vício da inconstitucionalidade, como amiúde explicitado, o ato concessório da aposentadoria especial é nulo, não sendo apto a gerar qualquer efeito jurídico que importe direito

adquirido. O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a *supremacia da Constituição*. Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica. O reconhecimento da validade de uma norma *inconstitucional* – ainda que por tempo limitado – representaria uma ruptura com o princípio da *supremacia* da Constituição.

A *norma inconstitucional* não pode criar direitos, nem impor obrigações, de modo que tanto os órgãos estatais como o indivíduo estão legitimamente autorizados a *negar obediência* às prescrições incompatíveis com a Constituição.” (Revista dos Tribunais, v. 807, p. 149-150).

Assim, se se demonstrar a inobservância da exigência da prévia aprovação em concurso público antes da vinculação de antigo servidor celetista a cargo efetivo e, conseqüentemente, ao regime estatutário, é mister reconhecer imediatamente o vício insanável do ilegítimo provimento originário, com a invalidação dos atos administrativos praticados com base em tais normas inconstitucionais, promovendo-se o conseqüente retorno ao “status quo ante”. Com a devida vênia dos entendimentos em sentido contrário, entende-se indispensável o exercício, nestes casos, do imediato controle da juridicidade dos comportamentos públicos, o que levará a que se extirpe do ordenamento os atos normativos e concretos contrários ao texto constitucional anterior e atual.

Fixada a impossibilidade de retificar vício de inconstitucionalidade de ato administrativo, cumpre reconhecer, especificamente sobre a convalidação dos vícios dos atos em razão do transcurso do tempo, que uma das questões mais tormentosas do Direito Administrativo hodierno refere-se ao prazo reconhecido ao Poder Público para o exercício da função de controle e invalidação dos atos viciados.

Em primeiro plano, cumpre não confundir a investigação do prazo decadencial para a Administração Pública examinar a legalidade dos seus atos com os prazos prescricionais a que se sujeitam os administrados para impugnar atos administrativos ilícitos. Em se tratando do controle

realizado pela própria Administração dos seus atos, é mister definir, com base na lei, o período ao final do qual ocorrerá decadência do direito do Poder Público invalidar o comportamento viciado. Trata-se do exercício potestativo da autotutela administrativa mediante as providências materiais e procedimentais reconhecidas ao Estado e a suas autarquias.

A relevância de tal distinção é manifesta, pois, enquadrada a o controle de legalidade dos atos administrativos pelo Estado como exercício potestativo de um direito, não há que se falar em prescrição, mas em prazo decadencial que exige expressa previsão em lei. Neste caso, o Estado limita-se a exercer um direito potestativo que lhe é reconhecido pela ordem jurídica - manter a legalidade dos seus comportamento - no prazo que esteja previsto em regra legal vigente.

Segundo o civilista Francisco Amaral, “como o direito potestativo é o dever de determinar mudanças na situação jurídica de outro sujeito, mediante ato unilateral, sem que haja dever contraposto e correspondente a esse poder, chama-se, também, direito formativo ou de formação” (Direito Civil. Introdução. 5ª edição. RJ/SP: Renovar, 2003, p. 576). Cumpre considerar que, nestas condições, o lado passivo da relação jurídica limita-se a sujeitar-se ao exercício de vontade da outra parte. No caso do exercício da autotutela por autarquia ou na hipótese de exercício da tutela pela Administração Direta em relação às suas autarquias, certo é que aos terceiros (servidores, particulares, etc.) resta somente a sujeição ao exercício do poder-dever administrativo de manter a legalidade administrativa. Conseqüentemente não há pretensão, sendo inadmissível falar-se em prescrição.

A decadência “é a perda do direito potestativo pela inércia do seu titular no período determinado em lei”, sendo certo que “Seu objeto são os direitos potestativos, de qualquer espécie, disponíveis e indisponíveis, direitos que conferem ao respectivo titular o poder de influir ou determinar mudanças na esfera jurídica de outrem, por ato unilateral, sem que haja dever correspondente, apenas uma sujeição.” (Francisco Amaral, op. cit., p. 579) Ou, nas palavras de Almiro do Couto e Silva, “É bem sabido que a decadência atinge o direito subjetivo e que a prescrição diz respeito à pretensão”, sendo certo, no tocante à decadência, que

“Quem esteja no lado passivo fica, porém, sujeito ou exposto a que, pelo exercício do direito pela outra parte,



nasça, se modifique ou se extinga direito, conforme o direito formativo seja gerador, modificativo ou extintivo. No que concerne especificamente ao direito formativo à invalidação de ato jurídico não é diferente. A Administração Pública, quando lhe cabe esse direito relativamente aos seus atos administrativos, não tem qualquer pretensão quanto ao destinatário daqueles atos.” (RDA, v. 237, p. 291-292)

Fixada a natureza decadencial do prazo para que a Administração Direta e Indireta controle a juridicidade dos seus atos, bem como a necessidade de uma norma legal fixar o referido lapso de tempo, mediante o exame da legislação em vigor, cumpre observar que até o fim do século passado não existiam normas do ordenamento brasileiro que estabelecessem um período para o exercício da função de controle. A isto se acresce o fato de, segundo parte da doutrina e da jurisprudência, a inconstitucionalidade sequer ser compreendida como vício capaz de ser sanado após decurso de prazo decadencial, consoante já se ressaltou.

No âmbito do Estado de Minas Gerais, somente com a Lei Estadual nº 14.184, de 31.01.2002, estabeleceu-se prazo para o exercício da autotutela administrativa em se tratando de atos com vícios insanáveis:

“Art. 65. O dever da administração de anular ato de que decorram efeitos favoráveis para o destinatário decai em cinco anos contados da data em que foi praticado, salvo comprovada má-fé.”

Observe-se a não incidência das disposições constantes na Lei de Processo Administrativo da União, de 29.01.1999, em relação aos Estados Membros. Diz Almiro Couto e Silva que

“A União, além disso, não tem competência constitucional para legislar sobre processo administrativo das demais entidades que integram a Federação. É óbvio, pois, que o prazo decadencial, previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99, não se estende aos Estados e Municípios, bem como às pessoas jurídicas que compõem as respectivas Administrações Indiretas.” (RDA, v. 237, p. 311)

Destarte, antes que o Estado editasse regra sobre decadência do direito a anular os respectivos atos administrativos viciados de ilegalidade, não havia prazo que limitasse o exercício do referido dever, sendo certo que prazo decadencial nessa seara só poderia estar disposto em lei do próprio ente político. Como bem observa Sérgio Ferraz (RDA, v. 231, p. 65), decadência administrativa é questão de direito administrativo, podendo, destarte, ser alvo de regramento federal, estadual, municipal ou distrital. Assim, não só a lei estadual que trata da matéria não padece do vício de inconstitucionalidade como a sua ausência impede falar-se em prazo de decadência.

Ademais, não se pode ignorar que é vedada a aplicação retroativa do artigo 65 da Lei Estadual nº 14.184, de 31.01.2002. Ao comentar regra de idêntico teor no âmbito federal (artigo 54 da Lei nº 9.784/99), o doutrinador Almiro Couto e Silva aduz que tal norma tem vocação prospectiva, isto é, sua aplicação visa o futuro e não o passado. O prazo de cinco anos fixado naquele preceito tem seu termo inicial na data em que a lei começou a vigor, até porque a atribuição de eficácia retroativa à norma legal instituidora do prazo de decadência muito possivelmente atingiria situações protegidas pela garantia constitucional dos direitos adquiridos. (RDA, v. 237, p. 309) O mesmo raciocínio tem sido feito relativamente à Lei Federal nº 10.839 que fixou prazo de decadência de 10 (dez) anos em relação à Previdência Social, sendo manifesta a pertinência de tais ponderações relativamente à Lei Mineira nº 14.184/02.

O Superior Tribunal de Justiça, em inúmeras oportunidades, tem decidido nesse sentido:

“RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. LEI 9.784/99. PRAZO. 5 ANOS. RETROATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

Conforme o art. 54 da Lei 9.784/99, o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

Entretanto, não há como atribuir-lhe incidência retroativa, de modo a impor, para os atos praticados

antes da sua entrada em vigor, o prazo quinquenal com termo inicial na data do ato.

Recurso provido” (REsp nº 512.548-RS, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma do STJ, DJU de 07.11.05, p. 333)

“1. A teor do art. 54 da Lei n.º 9.784/99, o "direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé".

2. Consoante a orientação desta Corte, o art. 54 da Lei nº 9.784/99 deve ter aplicação a partir de sua vigência, e não a contar da prática dos atos eivados de ilegalidade, realizados antes do advento do referido diploma legal. (MS 9.112/DF, Corte Especial, Rel. Min. Eliana Calmon)” (Agravo Regimental no AI 2003/0050651-0, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma do STJ, DJU de 01.08.2005, p. 510).

“RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. DECADÊNCIA CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEI Nº 10.839/04. INCIDÊNCIA RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

1. "O direito da Previdência Social de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé." (artigo 103-A da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 10.839/04).

2. A Lei nº 10.839/04 não tem incidência retroativa, de modo a impor, para os atos praticados antes da sua entrada em vigor, prazo decadencial com termo inicial na data do ato.” (RESp nº 540.904-RS, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma do STJ, DJU de 01.07.2005, p. 654)

“O prazo decadencial de cinco anos para a Administração anular seus próprios atos (art. 54 da Lei

9.784/99) não se aplica aos casos de comprovada a má-fé. O dispositivo, ademais, não pode ser aplicado retroativamente.” (REsp nº 603.135-PE, rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma do STJ, DJU de 21.06.2004, p. 175)

“RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS COM VENCIMENTOS. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. LEI 9784/99. CONTAGEM DO PRAZO A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI. MÁ-FÉ DA AUTORA. DECADÊNCIA AFASTADA.

Nos termos do entendimento firmado por esta eg. Corte de Justiça nos autos dos Mandados de Segurança nºs 9112/DF, 9115/DF e 9157/DF, restou definido que a Lei 9784/99 tem como termo a quo, para os atos que lhe são anteriores, a data de sua publicação - 01/02/99, e não a data do ato atacado. Decadência afastada na hipótese.

Impende ainda considerar que o aresto recorrido entendeu ter agido a autora de má-fé em não comunicar ao órgão pagador o fato extintivo da pensão especial.

Recurso desprovido.” (REsp nº 611.551-CE, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma do STJ, DJU de 01.07.2005, p. 599)

Aplicando-se tais raciocínios à hipótese em comento, tem-se que, instituído, pela Lei Estadual nº 14.184, de 31 de janeiro de 2002, o prazo decadencial de cinco anos para a administração mineira anular seus atos ilegais, de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, não se há considerá-lo fluente em período anterior ao de vigência do diploma legal que o estabeleceu. Por conseguinte, o direito do Estado de Minas Gerais invalidar atos administrativos ilegais somente ocorrerá em 01.02.2007, cinco anos após o início da vigência do diploma em comento, ocorrido em 01.02.2002 com a publicação da lei no Minas Gerais.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, confira-se a jurisprudência hodierna:

“II - A jurisprudência do Colendo STF, na linha da orientação de Antônio Luís da Câmara Leal (in Da

Prescrição e da Decadência, 3ª ed., págs. 90/91), consagrou o entendimento de que a lei que encurta o prazo de prescrição aplica-se às situações em curso, contando-se, porém, o novo prazo, do dia em que essa mesma lei começou a vigorar, a menos que inferior o prazo restante da lei antiga, hipótese em que continua a reger a contagem da prescrição. Admitindo-se que tal regra de direito intertemporal também seja válida para a decadência, o termo inicial do prazo de cinco anos, previsto no art. 54 da Lei nº 9.784, de 29/01/99, publicada em 01/02/99, coincidiria com o início de sua vigência, em 01/02/99 (art. 70), operando-se em 01/02/2004, já que, anteriormente à Lei nº 9.784/99, inexistia tal prazo de decadência.” (Apel. em MS 2001.39.00.011043-3-PA, rel. Des. Fed. Assusete Magalhães, 2ª Turma do TRF 1ª Região, DJU de 30.03.2004, p. 11)

Como “in casu” analisa-se a possibilidade de convalidação pelo tempo de atos anteriores ao início da vigência da Lei Estadual nº 14.184/02, certo é somente se extinguirá em 01.02.07 o direito da Administração Pública invalidar eventuais “absorções automáticas” de celetistas no regime estatutário por decreto ou vinculação dos mesmos a cargos efetivos mediante concursos internos. Isto mesmo se se considerar o princípio da segurança jurídica na espécie, por ser necessário ponderá-lo em face dos princípios constitucionais da supremacia do interesse público, da moralidade e da juridicidade.

Como decidiu, recentemente, o STJ:

“1. Embora a doutrina seja uníssona na afirmação do caráter relativo da não submissão da autotutela ao tempo, em obséquio da segurança jurídica, um dos fins colimados pelo Direito, é certo que, no sistema de direito positivo brasileiro, o poder estatal de autotutela não se mostrou nunca, anteriormente, submetido a prazos de caducidade, estabelecendo-se, além, ao revés, prazos prescricionais em favor do Estado.  
(...) 4. A Lei nº 9.784/99 não tem incidência retroativa, de modo a impor, para os atos praticados antes da sua

entrada em vigor, o prazo quinquenal com termo inicial na data do ato.” (Ag. Regimental no REsp nº 51.886-2, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma do STJ, julgado em 16.06.2005, DJU de 29.08.05, p. 443)

Referido entendimento justifica-se não só pela não sujeição do vício de inconstitucionalidade à decadência, mas até mesmo pela impossibilidade de fazer prevalecer a segurança jurídica como um postulado absoluto na atual realidade administrativa. Com efeito, não se ignora que o estabelecimento de prazos para as ações administrativas, recente tendência do Direito Administrativo moderno, tem raízes profundas no princípio da segurança jurídica. Referido princípio tem por objetivo assegurar a estabilidade mínima nas relações jurídicas, principalmente em se tratando do exercício da autotutela administrativa da qual resulta mutação da realidade em face de terceiros.

Identifica-se, na significativa preocupação doutrinária e jurisprudencial com a segurança jurídica, uma reação acirrada a um período histórico em que reinou a supremacia do interesse público como valor absoluto e por vezes até mesmo deturpado diante de realidades específicas. Não é raro que, após determinado período em que prevaleceu uma concepção em determinado sentido, surja entendimento em sentido oposto. Trata-se do chamado movimento pendular presente ao longo da evolução humana e, à obviedade, dos ordenamentos jurídicos.

Contudo, é absolutamente imprescindível que, no presente momento, os Tribunais e os doutrinadores não façam predominar, de modo absoluto, apriorístico e sem considerar as circunstâncias concretas, princípios como o da segurança jurídica como instrumentos aptos a afastarem, genericamente, a observância de outros, como a supremacia do interesse público e o princípio da legalidade. Se é verdade que os princípios da supremacia e da legalidade estrita foram utilizados indevidamente por regimes ditatoriais como fundamento de comportamentos abusivos, tal deformação não pode resultar na simplista negativa teórica da sua validade. É tão danoso deformar a concepção teórica da legalidade quanto o é afastar a possibilidade de tal princípio servir de fundamento a comportamentos administrativos realizados à luz de uma análise integrada do sistema jurídico.

Nesse sentido, não se pode recusar reconhecer existência à supremacia do interesse público ou à legalidade ao simples argumento de que é também norma principiológica vinculante da Administração a segurança jurídica, principalmente quando se trata de determinar prazos dentro dos quais pode um vício de inconstitucionalidade ser reconhecido pelo Estado. Trata-se de elementos integrantes de um sistema cuja validade deve ser assegurada, de modo integrado, como condição de sobrevivência do Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, os princípios são todos manifestação do Estado Democrático de Direito, tendo o mesmo valor e hierarquia. O prevalecimento de um deles em uma dada situação deve levar em conta a realidade sobre a qual incide e um exame teórico em que sejam contrabalançados os valores jurídicos em questão. Tal atividade jamais pode importar prevalência absoluta, geral e “a priori” de um princípio, nem mesmo negativa genérica dos demais.

Confira-se, a propósito, a lição de Ingo Wolfgang Sarlet:

“A solução, portanto, está em buscar, à luz do caso concreto e tendo em conta os direitos e princípios conflitantes, uma compatibilização e harmonização dos bens em jogo, processo este que inevitavelmente passa por uma interpretação sistemática, pautada pela já referida necessidade de hierarquização dos princípios e regras constitucionais em rota de colisão, fazendo prevalecer, quando e na medida do necessário, os bens mais relevantes e observando os parâmetros do princípio da proporcionalidade.” (Revista de Interesse Público, v. 12, p. 104).

Com efeito, é necessário atentar para a circunstância de que, embora os princípios constitucionais sejam todos igualmente válidos, nem todos poderão ser aplicados simultaneamente em cada realidade administrativa. É necessário que se atente para as especificidades do caso concreto, bem como para a extensão conceitual de cada uma das normas principiológicas incidentes na espécie.

Em se tratando de prazo decadencial vinculante da Administração Pública para o exercício da autotutela administrativa no tocante à atos com vício de inconstitucionalidade, é necessário ponderar a segurança jurídica em face da supremacia do interesse público e da

juridicidade, afastando-se a aplicação retroativa de diploma legislativo de 2002.

Não se ignora, de modo irresponsável, a significativa repercussão do referido entendimento na relação jurídico-funcional dos servidores do DER. Contudo, ponderando a segurança jurídica em face da supremacia do interesse de toda a sociedade de ver prevalecer a Constituição, da moralidade nos vínculos estabelecidos com o Estado, bem como da eficiência resultante do exercício de funções por servidores que tenham objetivamente demonstrado em concurso público possuírem melhores aptidões técnicas para provimento do cargo, não se vislumbra fundamento suficiente para entender findo o prazo dentro do qual o Poder Público pode reconhecer a autotutela administrativa.

#### ***4) Do instituto do apostilamento***

Faz-se mister esclarecer que o apostilamento consiste no direito de o servidor público continuar recebendo os vencimentos do cargo comissionado, apesar do afastamento do seu exercício, v.g., com o retorno às funções do cargo efetivo ou com o gozo de inatividade remunerada deferida nos termos do ordenamento jurídico.

Para que qualquer servidor possa fazer jus ao benefício do apostilamento, é imprescindível que cumpra os pressupostos elencados na ordem jurídica, consoante reiterada jurisprudência hodierna:

“SERVIDOR PÚBLICO – APOSTILAMENTO – CONCESSÃO – REQUISITOS – LEGALIDADE.

Como explicitado na norma de regência do apostilamento suscitado, sua concessão é restrita aos requisitos que enumera que, se inatendidos, torna inviável o respectivo atendimento” (Apelação Cível nº 205.294-2, rel. Des. Francisco Figueiredo, TJMG).

No ordenamento mineiro, a Lei Estadual nº 5.945, de 11.07.72, determinava no seu artigo 22:

“Art. 22 – Ao funcionário público, ocupante de cargo de provimento em comissão ou função gratificada, que,



após 10 (dez) anos de exercício, consecutivos ou não, dele for afastado, sem ser a pedido ou por penalidade, ou se aposentar, fica assegurado o direito de continuar percebendo o vencimento do cargo ou função.

Com a superveniência da Lei Estadual nº 8.019, de 23.07.81, o artigo 12 atribuiu nova redação ao artigo 22 da Lei nº 5.945, “in verbis”:

“O art. 22 e seu § 1º da Lei nº 5.945, de 11 de julho de 1972, passam a ter a seguinte redação:

Art. 22 – Ao funcionário público ocupante de cargo de provimento em comissão ou função gratificada que, após 4 (quatro) anos de exercício, consecutivo ou não, dele for afastado sem ser a pedido, ou por penalidade, ou se aposentar, fica assegurado o direito de continuar percebendo a remuneração do cargo ou função.”

Portanto, nos termos do artigo 22 da Lei nº 5.945 com a redação que lhe foi atribuída a partir de 23.07.81 pela Lei Estadual nº 8.019, teria direito a continuar a receber a remuneração do cargo comissionado ou função gratificada o servidor que dele fosse afastado sem ser a pedido, ou por penalidade, ou se aposentasse, desde que cumprido o lapso temporal de 04 (quatro) anos de exercício do cargo em comissão ou função gratificada. Resulta claro que a legislação exigia dois requisitos cumulativos para o deferimento do apostilamento: a) o exercício prévio, por quatro anos, de função gratificada ou de cargo em comissão e b) o afastamento sem ser a pedido, ou por penalidade, ou a aposentadoria do servidor. Somente diante de ambos os requisitos o servidor adquiriria, à época, o direito à expedição do título declaratório segundo a referida legislação.

Por sua vez, o artigo 1º da Lei Delegada nº 35 de 28.08.85 dispôs:

“Art. 1º. A contagem de tempo em cargo de provimento em comissão de recrutamento amplo, para fins de aquisição do direito previsto no art. 22 e parágrafos da Lei 5.945, de 11 de junho de 1972 com redação dada pelo art. 12 da Lei 8.019, de 23 de julho de 1981, somente terá início após a investidura no cargo de provimento efetivo.”

Tem-se manifesto que o direito ao apostilamento, a partir da Lei Delegada Estadual nº 35/85, foi restrito àqueles que obtivessem investidura em cargo de provimento efetivo, pressuposto que se manteve incólume com a edição da Lei Mineira nº 9.532/87, a qual estabeleceu, de modo expresso:

“Art. 1º - Ao funcionário público que, no exercício de cargo de provimento em comissão, dele for afastado sem ser a pedido ou por penalidade, ou se aposentar, fica assegurado o direito de continuar percebendo a remuneração do cargo, desde que o seu exercício compreenda período igual ou superior a 10 (dez) anos, consecutivos ou não.

Parágrafo único – Se o período for inferior a 10 (dez) anos e igual ou superior a 4 (quatro) anos, o funcionário terá direito; a título de vantagem pecuniária, por ano de exercício, a 1/10 (um décimo) da diferença entre o vencimento do cargo em comissão e o do cargo efetivo ocupado, quer será somando ao vencimento do cargo efetivo.”

Decorre do mencionado contexto normativo somente fazer jus ao apostilamento o servidor que, provido em cargo efetivo, passar a exercer cargo comissionado, sendo do último afastado, sem ser a pedido ou por penalidade, ou na hipótese de aposentadoria. Observe-se que o direito do servidor continuar a receber a remuneração do cargo comissionado, condiciona-se aos requisitos cumulativos da lei, dentre os quais se destaca a efetividade do cargo por ele provido, pressuposto exigido, de modo expresso, a partir o início da vigência da Lei Delegada nº 35/85.

A revogação da Lei Delegada nº 35, bem como da Lei nº 9.532, pela Lei nº 14.683, de 30.06.03, não afastou o pressuposto da efetividade. Afinal, o artigo 1º, § 1º da Lei nº 14.683/03 manteve a ocupação de cargo de provimento efetivo como requisito indispensável à concessão da continuidade do pagamento da remuneração do cargo comissionado exercido pelo servidor, mediante expedição de título declaratório.

Tal exigência encontra-se em pleno vigor, não sendo lícito desconsiderá-la quando da apreciação dos pedidos para concessão de apostilamento realizados junto a autarquias estaduais, donde resulta clara a

necessidade de que os servidores do DER, para fazerem jus à expedição do título declaratório, tivessem sido providos em cargos efetivos, consoante a legislação vigente. Não há dúvida de que o apostilamento depende, além do requisito da estabilidade, do atributo da efetividade do cargo, sem o qual é inadmissível o seu deferimento.

Ademais, como bem esclarece a Nota Técnica nº 92/2005 da SEPLAG:

“Outro aspecto, igualmente relevante, refere-se às tentativas de modificação da legislação de modo a estender ao servidor detentor de função pública o direito ao apostilamento. O art. 14 da Lei nº 11.510, de 1994, que estendia tal direito ao função pública estável e não estável, foi declarado inconstitucional (ADIN nº 46.550/0). Posteriormente, a matéria tornou-se novamente objeto de veto pelo Exmo. Senhor Governador ao PL nº 719/2003, publicado no Diário Oficial do Estado em 31 de julho de 2003, que estendia aos servidores detentores de função pública o direito de apostilar, com efeitos retroativos à Emenda Constitucional nº 49, de 2001 (...)”.

Observe-se, ainda, que o artigo 89 da Lei nº 869/52 determina que “Na contagem de tempo, para os efeitos de aposentadoria e adicionais, computar-se-á integralmente: (...)c - o número de dias em que o funcionário tiver trabalhado como extranumerário ou sob outra qualquer forma de admissão, desde que remunerado pelos cofres públicos”. Decorre do transcrito dispositivo que somente para fins de aposentadoria e adicionais é que se pode computar o tempo de serviço “sob qualquer outra forma de admissão, desde que remunerado pelos cofres públicos”, sendo inadmissível ampliar a prescrição legal para satisfação dos pressupostos necessários à obtenção de apostilamento.

Ao atribuir efeitos à prestação de serviço sob vínculo que não o provimento de cargo de provimento efetivo, a legislação mineira se limitou a mencionar a aposentadoria e obtenção de adicionais, não fazendo qualquer referência ao aproveitamento do referido tempo laboral para outorga de título declaratório.

Para os servidores públicos somente podem ser concedidos os direitos que a lei determina, respeitando-se todos os pressupostos exigidos pelo ordenamento em vigor, uma vez que o princípio da legalidade impede a Administração Pública de agir na falta de expressa e específica autorização legal.

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que:

"Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois está é a posição que lhes compete no direito brasileiro." ("Curso de Direito Administrativo", Malheiros, 1994, p. 48).

Destarte, a atividade administrativa encontra-se submetida e conformada à vontade da lei, sendo o respeito ao ordenamento uma necessidade impostergável do Estado Democrático de Direito. Por conseguinte, não é lícito ao Poder Público ampliar os benefícios de contagem de tempo de serviço se ausente, no caso concreto, os requisitos legais expressos na ordem jurídica. Isso porque a eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento integral de todos os pressupostos legais, não podendo o Poder Público se afastar ou desviar dos requisitos exigidos pelo ordenamento jurídico, sob pena de praticar ato inválido. Uma vez inexistente qualquer das condições exigidas pela lei, não há como compelir o Estado a agir, sob pena de ação "contra legem".

Não se admite qualquer interpretação extensiva neste caso, visto que as cláusulas benéficas devem ser interpretadas restritivamente, sob pena de uma dilação da vontade manifestada. Sem dúvida, não pode o intérprete ignorar os termos da norma interpretanda, substituindo o legislador para formular ele próprio as regras do direito, uma vez que sua tarefa é precisamente pesquisar o verdadeiro sentido da lei, esforçando-se por identificar o alcance efetivo da vontade estatal, de modo a que a norma possa realizar as funções para as quais foi criada.

O administrativista Adilson Abreu Dallari adverte que "se o intérprete se descuidar e conferir ao servidor mais do que a Constituição lhe deu, acabará por desencadear um processo incontrolável de reivindicações (...). Em síntese, dar o máximo a quem a Lei conferiu o mínimo e ultrapassa as fronteiras da interpretação e constitui típica e indevida atividade legislativa" (Regime Constitucional dos Servidores Públicos, 2ª ed., 2ª tiragem, São Paulo, RT, 1992, p. 90).

Observe-se a legislação exarada pelo Estado Membro, com base na competência para organizar seu pessoal decorrente da autonomia política e administrativa consagrada, de modo expresso, nos artigos 1º, 18 e 25 da CF. A jurisprudência é uníssona ao reconhecer a competência legislativa e normativa do Estado para regulamentar institutos como o apostilamento do seu pessoal:

"O Estado é, na essência, uma entidade autônoma, princípio resultante do regime federalista da República, implantado pela Carta Maior. Decorre daí o seu poder discricionário de organizar os seus serviços e de compor o quadro do seu pessoal, manejar os recursos públicos, respeitando os princípios constitucionais da legalidade e moralidade" (Mandado de Segurança nº 68.271-6, rel. Des. José Brandão Resende, TJMG, DJMG de 24.10.96).

No caso do Estado de Minas Gerais, tem-se que o artigo 10, II da Carta Mineira consagra a autonomia e independência para regulamentar e organizar, conforme sua conveniência, os serviços e quadros da Administração. Ademais, o artigo 84, IV e VI da CF/88 e artigo 90, VII e XIV da CEMG/89 conferem ao Presidente da República e ao Governador do Estado, respectivamente, o poder de regulamentar as ações da Administração Pública, sancionando, promulgando e fazendo publicar leis, bem como expedindo decretos e regulamentos para fiel execução das normas legais, dispondo sobre a organização e funcionamento da Administração.

Em se considerando que o Estado estabeleceu de forma unilateral um regime de trabalho e de retribuição por via estatutária, possível se afigura a regulamentação das formas remuneratórias e dos requisitos necessários à obtenção de vantagens pecuniárias. Isso porque o Estado de Minas Gerais atua de modo discricionário, ao instituir o plano de cargos,

fixar os pressupostos à expedição de título declaratório pelos servidores, explicitando as situações em que o servidor ocupante de cargo comissionado continuará percebendo a remuneração do aludido cargo.

"O servidor está sujeito... ao estatuto que disciplina as relações... a remuneração é aquela que for fixada em lei, de modo que a lei posterior pode alterar não só o quantum como também a forma de pagamento ... em razão do regime estatutário que preside as relações entre o Estado e o servidor essa matéria de vencimentos pode ser objeto de alterações unilaterais por parte do Estado, sem qualquer ofensa a direito adquirido" (Revista dos Tribunais, v. 448, p. 88).

Não se pode ignorar que os servidores efetivos e os servidores celetistas estão submetidos a regimes jurídicos diversos, sendo que o estatuto disciplina as relações do servidor provido em cargo efetivo e comissionado com o Estado, sendo inaplicável àqueles submetidos à CLT. Diante da inviabilidade de o estatuto não reconhecer aos celetistas benefício específico dos servidores efetivos, é juridicamente impossível o deferimento à margem da lei.

Destarte, indeferir a pretensão de apostilamento dos servidores não efetivos do DER significa obediência ao princípio da legalidade insculpido no artigo 37, "caput" da CF/88. O Poder Público deve submeter-se e conformar-se aos requisitos impostos pelo ordenamento em vigor, negando o benefício requerido por servidores que não satisfizeram os pressupostos legais. Não cabe a qualquer agente público estender as hipóteses em que será devido o apostilamento, mesmo porque a continuidade em perceber a remuneração enquanto incentivo ao exercício de cargos comissionados não consubstancia conceito técnico nem jurídico, mas integra o mérito administrativo, ou seja, insere-se na avaliação de oportunidade e conveniência administrativas a ser realizada unicamente pelo Estado.

Nessa mesma linha de raciocínio, confira-se a recente orientação jurisprudencial:

"A concessão do benefício do apostilamento é exclusiva aos funcionários estaduais, que exerçam ou tenham exercido cargo em comissão criado por lei e sejam

detentores de cargo efetivo. Somente inicia-se a contagem do lapso temporal no exercício do cargo em comissão, para fins de apostilamento, a partir do ingresso do servidor no cargo efetivo.” (Apelação Cível nº 1.0024.04.287407-3/001, rel. Des. Kildare Carvalho, 3ª Câmara Cível do TJMG, DJMG de 20.04.2005).

“Administrativo – Ação Ordinária – Servidora detentora de função pública – Cargo comissionado – Apostilamento proporcional – Requisitos – Ausência. O servidor detentor de função pública, a que se refere a Lei nº 10.254/90, não tem direito ao apostilamento previsto na Lei nº 9.532/87, enquanto não for investido em cargo de provimento efetivo e exercido cargo em comissão por prazo superior ao mínimo fixado na lei de regência.” (Apelação Cível nº 1.0024.03.042248-9/001, rel. Des. Edílson Fernandes, 6ª Câmara Cível do TJMG, DJMG de 08.04.2005).

No mesmo sentido: Apelação nº 1.0024.04.369947-9/001, rel. Des. Alvim Soares, 7ª Câmara Cível do TJMG, DJMG de 01.06.2005; Apelação nº 1.0024.04.287144-2/001, rel. Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, 1ª Câmara Cível do TJMG, DJMG de 17.06.2005; Apelação nº 1.0024.04.334651-9/001, rel. Des. Edivaldo George dos Santos, 7ª Câmara Cível do TJMG, DJMG de 23.06.2005 e Apelação Cível nº 1.0024.04.393953-7/001, rel. Des. Maria Elza, 5ª Câmara Cível do TJMG, DJMG de 01.07.2005

Sendo assim, não pode a Administração apostilar servidores celetistas que não cumpriram os pressupostos de regência, mesmo porque a expedição de um título declaratório não tem como efeito jurídico a criação do direito, sendo-lhe lícito somente reconhecer a existência de um direito cujos requisitos legais tenham sido previamente atendidos.

## CONCLUSÃO

Atentando para tais ponderações, entendo ser inadmissível o deferimento de apostilamento a servidores originariamente celetistas do DER que tenham sido vinculados a cargos de provimento efetivo sem prévia aprovação em concurso público, descumprindo exigência da Constituição da República de 1967 e de 1988. Não há que se falar em decadência, porquanto irretroativa a regra do artigo 65 da Lei Estadual nº 14.184/2002, ao que se acresce a não sujeição à convalidação de ato administrativo com vício de inconstitucionalidade.

À consideração superior.

Belo Horizonte, 10 de janeiro de 2006.

**Raquel Melo Urbano de Carvalho**

Procuradora do Estado

MASP 598.213-7

OAB/MG 63.612